



Artículo Monográfico. Septiembre 2017

SP/DOCT/23235

Posibilidades de la mediación penal en procesos por responsabilidad médica

Luis Corpas Pastor. Doctor en Odontología. Licenciado en Derecho. Doctorando del Programa de Doctorado en Ciencias Sociales y Jurídicas. Universidad de Málaga

Introducción: Se propone el uso del procedimiento de mediación penal en el enjuiciamiento criminal de negligencias médicas con resultado de daño indemnizable derivado de actividad sanitaria, por sus evidentes beneficios no solo para la víctima o perjudicado, sino también para el infractor.

Material y métodos: Estudio descriptivo a propósito de una experiencia piloto en caso penal real de un juzgado de Málaga en el que se enjuiciaba un delito de lesiones y que fue sometido a mediación penal. Los agentes del proceso (mediador y juez) han sido entrevistados y finalmente se recoge la sentencia de este proceso penal y se propone la extrapolación del procedimiento de mediación a la responsabilidad médica penal.

Resultados: En este trabajo se describe una sentencia en un caso por lesiones en el seno de un proyecto piloto de mediación penal. A diferencia del proceso penal del menor, donde el procedimiento de mediación penal se contempla y está regulado, solo hay algunas experiencias piloto en la jurisdicción penal en España. El procedimiento de mediación penal intenta alcanzar un acuerdo entre víctima e infractor, donde los propios interesados son los que resuelven libremente el conflicto, con la ayuda de un tercer imparcial o mediador. Dicho acuerdo se trae al proceso penal y puede considerarse atenuante de la responsabilidad criminal del acusado, quien puede obtener determinados beneficios, incluso penológicos.

Conclusiones: La reforma operada en el Código Penal que entró en vigor el 1 de julio de 2015, contempla por primera vez la suspensión de la pena condicionada al cumplimiento de un acuerdo de mediación, por lo que el procedimiento de mediación penal sería interesante en casos de responsabilidad profesional médica. Para que la mediación penal sea eficaz, resulta imprescindible cierta sensibilidad del Ministerio Fiscal que aprecie el acuerdo de mediación como atenuante, incluso muy cualificada, en la petición de pena que permitiera al juez dictar una sentencia de conformidad; con beneficios tanto para el acusado como para la víctima.

PALABRAS CLAVE: mediación penal; responsabilidad profesional sanitaria; víctima; justicia restaurativa; resolución de conflictos alternativa.

I. Introducción

II. Material y métodos

III. Resultados

IV. Discusión

I. Introducción

ADVERTENCIA: Parte del contenido de este trabajo, bajo el título "*Mediación Penal y Negligencias Médicas*", ha sido evaluado en las *XIII JORNADAS JURÍDICAS "Por el diálogo"* celebradas los días 13, 14 y 15 de mayo de 2015, organizadas por la Cátedra de Derecho Procesal de la Universidad de Málaga, habiendo obtenido el PRIMER PREMIO DE DERECHO PROCESAL concedido por la Asociación Profesional de la Magistratura con fecha 14 de mayo de 2015 y patrocinado por UNICAJA.

Por su propia naturaleza, en ocasiones, la práctica médica ocasiona un daño en el paciente y cada vez son más frecuentes los procesos penales por mala praxis donde la víctima lo que persigue realmente es una indemnización, al amparo del art. 100 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrím.).

En España, es notorio el aumento de las reclamaciones presentadas en los juzgados contra profesionales médicos [Nota: Medallo-Muñiz J, Pujol-Robinat A, Arimany-Manso J. Aspectos médico-legales de la responsabilidad profesional médica. *Med Clin (Barc)*. 2006;126 (4):152-56.] , [Nota: Bruguera M, Arimany J, Bruguera R, Barbería E, Ferrer F, Sala J, et al. Guía para prevenir las reclamaciones por presunta mala praxis médica, de cómo actuar cuando se producen y cómo defenderse judicialmente. *Rev. Clin. Esp*. 2012;212:198-205.] , aunque pocas se resuelven en vía penal, esta vía conlleva la posibilidad de imponerse una sanción económica y penas de cárcel y de inhabilitación [Nota: García-Ruiz N, Santiago-Sáez A, Albarrán-Juan ME, Labajo-González E, Perea-Pérez B. Análisis de reclamaciones judiciales contra obstetras y ginecólogos en España. Estudio específico de la vía penal (1987-2013). *Rev. Esp. Medicina Legal*. 2016; 42(4): 136-141.] . Sin embargo, en el proceso penal, el ofendido, o agraviado, no tiene derecho subjetivo alguno y la víctima como tal es la gran olvidada del proceso penal desde cualquier aspecto *estatal, judicial, o procesal* que lo miremos, pues no está pensado desde su punto de vista, sino desde el *ius puniendi* estatal, ya que el Estado es quien ha sido vulnerado por el delito. Estas tres perspectivas –por las que el Derecho Procesal Penal supone la *prohibición de la autotutela* a los particulares, se aplica *solo por los órganos judiciales*, y únicamente *a través del proceso*– se articulan desde la Constitución Española de 1978 (CE) como garantías jurisdiccionales, enmarcadas en el Título Preliminar del Código Penal (CP), en sus arts. 1, 3.1 y 3.2.

Según Andrés de la Oliva [Nota: De la Oliva, A. Fernández, M. A. Derecho Procesal Civil I. introducción. El proceso civil, sus tribunales y sus sujetos, Madrid, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, 1991, pág. 95.] , el proceso es "una serie o sucesión jurídicamente regulada de actos (del órgano jurisdiccional, de sujetos jurídicos particulares o de otros órganos del Estado, que no sean jurisdiccionales) tendentes a la aplicación o realización del Derecho en un caso concreto". Sin embargo, el Derecho Procesal Penal, como Orden y Sistema General de Garantías en la resolución de conflictos, debe reflejar el momento social en que se desenvuelve y como relata Barona Vilar [Nota: Barona Vilar, Silvia, 2011, Barona Vilar, Silvia, *Mediación Penal. Fundamentos, fines y régimen jurídico*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, págs. 237-247.] , la realidad actual del Derecho Penal es fruto de una evolución que impulsa "la necesidad de incorporar la teoría de la restorative justice y con ella la vuelta a conceptos como perdón, compensación, reparación, trabajos sociales, reconocimiento de hechos etc."

A falta de una regulación positiva, inexistente en España hasta hace bien poco, la CE ha ido dando cabida indirectamente a un modelo de justicia reparativa, pues fundamenta la pena en la reinserción y la reeducación. Sin embargo, como sostiene López Melero [Nota: López Melero, Montserrat, "la prisión como lugar idóneo para la reeducación y la reinserción social de los reclusos", *La Ley penal*, 2014, 110 Septiembre-Octubre, págs. 89-90.] acerca de la reeducación y reinserción sociales a

las que se refiere el art. 25.2, "el objetivo de la resocialización como finalidad de las penas de cárcel no va a ser el tratamiento de la personalidad del delincuente, sino garantizar y promocionar condiciones objetivas para la posterior reintegración social". La acción penal tiene un carácter público, indisponible e irrevocable, sin que quepa renuncia, desistimiento o transacción, en los delitos públicos (recordemos el art. 101 LECrim.). Esto trae como consecuencia ineludible que el Ministerio Fiscal en el proceso penal debe ser sensible al procedimiento y conocer los beneficios que la mediación brinda a la propia justicia, en bien de la comunidad y la finalidad resarcitoria que tiene no solo en la propia víctima –que va mucho más allá de la indemnización económica–, sino en el infractor. Además, cuando la mediación se desarrolla en el ámbito judicial, habría que examinarla "*bajo la lupa de Tutela Judicial Efectiva*" (Conforti [Nota: Conforti, Oscar Daniel Franco, "La sesión informativa obligatoria en la mediación intrajudicial en España", Diario La Ley, 2015, N.º 8486, 23 de Febrero de 2015, pág. 2.]). Como subraya la Dra. García Fernández [Nota: García Fernández, María Auxiliadora, "La mediación penal y el nuevo modelo de justicia Restaurativa", Rev. Int. de Doctrina y Jurisprudencia. Almería 2014, Vol. 7, Septiembre de 2014, goo.gl/qaaYQA, (con acceso 2/04/2015).] la mediación no puede en ningún caso cercenar este derecho, pues "también se incluye el derecho de la víctima a obtener información y a participar en el proceso, así lo establece la propia Jurisprudencia en STC de 22 de marzo de 1993". En todo caso, como sostiene Barona Vilar [Nota: Barona Vilar, Silvia, 2011, Op. Cit., pág. 245.] , la mediación penal exige dos garantías para su incorporación: "la posibilidad del control judicial del acuerdo, [...] y la posibilidad en todo momento de que el no-acuerdo supone la incorporación al proceso penal". Proceso cuya estructura no establece legalmente un momento procesal oportuno para insertar el procedimiento de mediación, según la ley procesal; lo cual es obvio, puesto que ni siquiera la ha contemplado hasta ahora como procedimiento. Las partes intervinientes en el proceso penal tampoco están habituadas siquiera a plantearlo. El momento ideal para acudir al procedimiento de mediación sería al finalizar la instrucción. Es precisamente este un momento procesal oportuno para la incorporación del procedimiento de mediación (Carrizo González-Castell [Nota: Carrizo González-Castell, Adán, 2011, op. cit., pág. 248.]), puesto que "la experiencia ha demostrado que resulta más fácil seleccionar casos cuando ya se ha ultimado la instrucción, [...] y se da opción a las partes para que soliciten la revocación del auto de conclusión del sumario, el sobreseimiento de la causa, o la apertura del juicio oral, solicitándose en ese caso la confirmación del auto de conclusión del sumario o del que de por finalizada la instrucción y la correspondiente solicitud de remisión del proceso a mediación". El sistema procesal penal español muestra connotaciones mucho más retributivas que restaurativas, pues el Estado se apropia del castigo y de la pena, a la par que obliga a la víctima a renunciar a la venganza, como exigencia de paz social; pero "la negación social de su necesidad psicológica puede convertirse en una segunda agresión. No hay víctima que no quede desgarrada por el conflicto entre la necesidad psicológica de venganza directa y el imperativo social de resignarse a la justicia" (Echeburúa [Nota: Echeburúa, Enrique, "El valor psicológico del perdón en las víctimas y en los ofensores". EGUZKILORE. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología San Sebastián, 2013, 27, págs. 65-79.]) y "perdonar puede ser la única posibilidad que posee el ser humano para modificar el pasado, para cambiar un hecho inmodificable". Podemos afirmar que la mediación penal es una forma de aplicación de justicia restaurativa, como equilibrio entre los intereses de la sociedad, y el ejercicio del ius puniendi estatal y de los individuos afectados. En realidad, la mediación penal funciona como un "instrumento del proceso penal" (Barona Vilar [Nota: Barona Vilar, Silvia, 2011, Op. Cit., pág. 245.]), al que abrevia en ocasiones o "en ocasiones minimizándolo a la cuasi mera sentencia y en ocasiones condicionando el contenido de la misma condicional, o la propia ejecución de la sentencia en sus desarrollos". Como señala Carrizo González-Castell [Nota: Carrizo González-Castell, Adán, "La Mediación Penal en España", Martín Diz, Fernando (Coord.), La Mediación en materia de Familia y Derecho Penal: estudios y análisis. Andavira Ed. SL Santiago de Compostela, 2011, pág. 254.] , la "garantía ineludible" para el éxito de este procedimiento es la "salvaguarda de la presunción de inocencia". Así, la mera participación voluntaria en el procedimiento de mediación, por parte del imputado "tan solo supondría la aceptación de la imputación [...] pero no la aceptación de los hechos ni de su participación en los mismos...".

La Unión Europea [Nota: Recomendación R(99)19 del Comité de Ministros a los Estados miembros en relación a la mediación en

materia penal. 15-16 de septiembre de 1999.] define la mediación como un "proceso donde la víctima y el ofensor pueden participar voluntaria y activamente en la resolución del conflicto producto de un crimen a través de la ayuda de una tercera parte imparcial o mediador". La Decisión Marco 2201/220/JAI [Nota: Decisión marco (2001/220/JAI) del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal. Diario Oficial Comunidades Europeas 82/2001, de 22 de marzo de 2001.] definía la "mediación en causas penales" como "la búsqueda, antes o durante el proceso penal, de una solución negociada entre la víctima y el autor de la infracción, en la que medie una persona competente" (art. 1.e). Por su parte, el Consejo General del poder Judicial [Nota: Poder Judicial España. Juzgados que ofrecen mediación penal. <https://goo.gl/kX6nj3> (con acceso 25/3/2016).] la define como un "proceso de diálogo y comunicación confidencial, conducido y dirigido por un mediador imparcial" donde "víctima e infractor se reconocen capacidad para participar en la resolución del conflicto derivado del delito" y "se posibilita la reparación del daño causado y la asunción de las consecuencias provocadas, propiciando en el imputado la responsabilidad personal y permitiendo a la víctima ser escuchada y resarcida".

Los fines que persigue la mediación penal son [Nota: Poder Judicial España. Juzgados que ofrecen mediación penal. goo.gl/5Pq1Ut (con acceso 3/3/2015).] , entre otros: "asegurar una efectiva protección a la víctima mediante la reparación o disminución del daño causado por el delito. Responsabilizar al infractor sobre las consecuencias de su infracción. Puede atenuar la pena. Procurar medios para la normalización de su vida. Restablecer la convivencia y el diálogo comunitario y devolver protagonismo a la sociedad civil. Así como conocer las causas reales y las consecuencias del conflicto, buscando la fórmula más idónea para satisfacer las necesidades personales de víctima e infractor".

En síntesis, con la mediación penal, la víctima obtiene una reparación, mientras que el infractor asume su culpa y participa activamente en dicha reparación propiciando en el imputado la responsabilidad personal y permitiendo a la víctima ser escuchada y resarcida.

Silvia Barona Vilar [Nota: Barona Vilar, Silvia, 2011, op. cit., pág. 259.] se refiere a la mediación no como un proceso, sino como un "procedimiento extrajudicial, en virtud del cual víctima e infractor, voluntariamente, se reconocen capacidad para participar en una resolución de «su» conflicto penal, que existe, con intervención de un tercero, al que llamamos mediador, restableciendo la situación previa al delito y el respeto al ordenamiento jurídico, amén de dar satisfacción a la víctima y el reconocimiento de tal actividad por el victimario", que podemos adoptar como concepto. "Se trata de un medio de gestión del conflicto, instrumentalizado a través del diálogo y favoreciendo la reconstrucción de la paz social quebrada por el hecho delictivo, lo que permite la minimización de la violencia estatal, devolviendo en consecuencia, cierto protagonismo a la sociedad civil". De esta manera, la mediación penal incide directamente sobre ambas caras del delito: toma por un lado la participación y necesidades de la víctima que recupera su visibilidad en el proceso penal y por otro, sobre la responsabilidad personal del delincuente, con el fin de su reinserción social, ya que a través del diálogo el infractor se concienza del daño causado. Se trata de un procedimiento reparador. Hay autores como Marien Aguilera Morales [Nota: Aguilera Morales, Marien, 2011, op. cit., págs. 127-146.] , que sostienen que la mediación penal no es más que un instrumento al servicio de una concepción de la Justicia penal caracterizada por buscar la pacificación del conflicto (conciliación) y reparar a la víctima. Barona Vilar [Nota: Barona Vilar, Silvia, 2011, op. cit., pág. 266 y ss.] ha señalado los principios sobre los que se erige la mediación penal y "permiten garantizar la conformación de un procedimiento de mediación penal en el seno de la justicia penal, integrada en el engranaje procesal, como mecanismo complementario del proceso penal y cuyas bases deben pivotar sobre unos principios nucleares que naturalizan la concepción restitutiva penal", como son la libertad o voluntariedad de las partes, complementariedad (al proceso penal), proporcionalidad procesal y penal, confidencialidad), gratuidad, oficialidad (le corresponde al Juez, con el acuerdo del Ministerio Fiscal, la derivación de oficio o a instancia de parte de los casos al Servicio de Mediación), flexibilidad, dualidad de posiciones, igualdad y contradicción, que garantice el equilibrio inter partes. La justicia restaurativa, en palabras de Pilar Sánchez Álvarez [Nota: Sánchez Álvarez, María Pilar, "Prólogo", Segovia Bernabé, José Luis, et. al. Fundación Agape, Mediación Penal y

Penitenciaria. 10 años de camino, Madrid, Ed Art&Pres, 2010, págs. 9-12.] , "va haciéndose realidad en nuestra sociedad, a través de una herramienta como la mediación, que permite que las víctimas se hayan sentido atendidas en sus necesidades, los infractores se hayan responsabilizado del daño causado, sin que olvidemos los problemas socioestructurales que a muchos les afectan así como el contexto comunitario que ha salido fortalecido". Aquí la mediación es un "procedimiento de gestión de conflicto, en el que interviene un tercero que ayuda a las partes, que buscan a través de la coordinación y la cooperación satisfacer adecuadamente sus expectativas y necesidades de acuerdo al conflicto del que se trate" (Conforti [Nota: Conforti, Oscar Daniel Franco, 2015, op. cit., pág. 2.]).

Muchos operadores jurídicos no creen en la mediación penal porque la consideran extraña a una *última ratio* que le corresponde al Derecho Penal: *a priori*, en nuestro contexto procesal punitivo, la mediación escaparía de sus funciones, pues el Derecho Penal mismo no se basa en "*alcanzar acuerdos*". La LECrim. se centra en la aplicación del Derecho Penal a través del proceso únicamente, dibujando un paradigma claramente retributivo, a través de la pena o medida de seguridad.

Hasta ahora, el procedimiento de mediación penal en el caso del proceso penal de adultos no estaba legalmente configurado, a diferencia del proceso penal del menor; pues la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, introdujo la posibilidad de la mediación, la reparación y la conciliación, junto con una modalidad de desistimiento del fiscal, como recoge Ferreirós [Nota: Ferreirós Marcos, Carlos-Eloy, Sirvent Botella, Ana, Simons Vallejo, Rafael, Amante García, Cristina, La mediación en el derecho penal de menores, Madrid, Dykinson SL, 2011, pág. 181.] . En su página Web [Nota: Poder Judicial España. Juzgados que ofrecen mediación penal. goo.gl/WKPacf (con acceso 25/3/2016).] , el Consejo General del Poder Judicial afirma que desde 2005 apostó por apoyar y auspiciar varias líneas de trabajo, de apoyo activo a la mediación en diferentes ámbitos, habiéndose consolidado en el ámbito familiar y en el orden penal y se han realizado experiencias piloto en España, amparadas en los arts. 10 y 17 de la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo (DM 2001/220/JAI), relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal [Nota: Decisión marco (2001/220/JAI) del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal. Diario Oficial Comunidades Europeas 82/2001, de 22 de marzo de 2001.] , apoyándose en un Protocolo [Nota: Consejo General del Poder Judicial, "Protocolo de mediación penal". Guía para la práctica de la mediación intrajudicial. Madrid, 1986, RPJ, págs. 87-120.] no vinculante. Esta DM 2001/220/JAI, a la que curiosamente sigue aludiendo el Ministerio de Justicia en su página Web [Nota: Poder Judicial España. Juzgados que ofrecen mediación penal. goo.gl/KbxNWp (con acceso 3/3/2015).] , ha sido derogada por la Directiva 2012/29/UE [Nota: Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo. 14.11.2012 DOUE L 315/57.] , la cual ya no define la mediación penal, sino que se refiere a ella en términos más amplios como la "*justicia reparadora*". Pilar Sánchez Álvarez [Nota: Sánchez Alvarez, Pilar, "La mediación penal como herramienta para repensar la justicia", Segovia Bernabé, Jose Luis et. al, Mediación Penal y Penitenciaria. 10 años de camino. Fundación AGAPE, Madrid, Art&Pres, 2010, págs. 223-239.] acerca de la mediación penal asevera que "*no es una figura ilegal, paralegal o alegal (...) es una realidad que satisface las necesidades de las partes intervinientes*". ¿Cómo sustraernos a no creer esta realidad? La existencia de un modelo restaurativo hoy es una realidad ineludible [Nota: Barona Vilar, Silvia, 2011, op. cit., págs. 237-247.] y en este modelo, la mediación no es una disposición individual del derecho penal y de la pena, ni un ataque al monopolio jurisdiccional, sino la introducción en el proceso penal de un incidente autocompositivo voluntario para las partes, con todas las garantías procesales y con sus consecuencias predeterminadas en la ley. Por eso, gran parte de la doctrina científica exigía su regulación positiva, que se muestra como una necesidad palmaria del Proceso penal, pues como dice Garrido Ruiz [Nota: Garrido Ruiz, Rosa María, "Experiencia Piloto de mediación en faltas en los juzgados de Instrucción de Madrid", Segovia Bernabé, Jose Luis et. al, Mediación Penal y Penitenciaria. 10 años de camino, Fundación AGAPE, Madrid, Art&Pres 2010, págs. 179-198.] , "*el sistema penal no es capaz de resolver en muchas ocasiones el sufrimiento y la violencia generada por el delito; de paliar la ansiedad y miedo de las víctimas y obtener una*

reparación; de frenar el hundimiento que el castigo genera en el infractor y en sus familias, y que no ayuda en nada o muy poco a su realización como persona y su inserción en la sociedad". Como dice Barona Vilar [Nota: Barona Vilar, Silvia, 2011, op. cit., pág. 225 y ss.] , "su desarrollo legal y práctico en determinados sectores del ordenamiento jurídico es innegable, si bien su incorporación al modelo de justicia penal, pese a su realidad en el ámbito del derecho penal del menor o en los diversos proyectos-piloto que se han venido llevando a cabo desde hace algunas décadas, requiere un paso más decisivo, una respuesta legislativa que ofrezca la cobertura jurídica necesaria para su incorporación definitiva". La respuesta legislativa se ha hecho esperar, arrojando algo de luz la Reforma del Código Penal, si bien el resultado es que en España, la mediación es hoy una realidad: en la Exposición de Motivos de la Reforma podemos leer: "Asimismo, se introduce como posible condición de la suspensión el cumplimiento de lo acordado entre las partes tras un proceso de mediación, en los casos en que legalmente sea posible", que se plasma en el nuevo art. 84 CP. En concordancia con este afán legislativo, el preámbulo de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito (BOE 28 de abril), señala que "el Estatuto supera las referencias tradicionales a la mediación entre víctima e infractor y subraya la desigualdad moral que existe entre ambos. Por ello, la actuación de estos servicios se concibe orientada a la reparación material y moral de la víctima, y tiene como presupuesto el consentimiento libre e informado de la víctima y el previo reconocimiento de los hechos esenciales por parte del autor. En todo caso, la posible actuación de los servicios de justicia restaurativa quedará excluida cuando ello pueda conllevar algún riesgo para la seguridad de la víctima o pueda ser causa de cualquier otro perjuicio". En su art. 15, sobre los servicios de justicia restaurativa, dispone: "1. Las víctimas podrán acceder a servicios de justicia restaurativa, en los términos que reglamentariamente se determinen, con la finalidad de obtener una adecuada reparación material y moral de los perjuicios derivados del delito, cuando se cumplan los siguientes requisitos:

a) el infractor haya reconocido los hechos esenciales de los que deriva su responsabilidad;

b) la víctima haya prestado su consentimiento, después de haber recibido información exhaustiva e imparcial sobre su contenido, sus posibles resultados y los procedimientos existentes para hacer efectivo su cumplimiento;

c) el infractor haya prestado su consentimiento;

d) el procedimiento de mediación no entrañe un riesgo para la seguridad de la víctima, ni exista el peligro de que su desarrollo pueda causar nuevos perjuicios materiales o morales para la víctima; y

e) no esté prohibida por la ley para el delito cometido.

2. Los debates desarrollados dentro del procedimiento de mediación serán confidenciales y no podrán ser difundidos sin el consentimiento de ambas partes. Los mediadores y otros profesionales que participen en el procedimiento de mediación, estarán sujetos a secreto profesional con relación a los hechos y manifestaciones de que hubieran tenido conocimiento en el ejercicio de su función. 3. La víctima y el infractor podrán revocar su consentimiento para participar en el procedimiento de mediación en cualquier momento".

Vemos, por tanto, que el clamor doctrinal y el impulso que el Consejo General de Poder Judicial ha querido dar a la justicia reparativa, emanado por la CE y de acuerdo las directivas europeas, ha culminado en la legislación positiva de la mediación penal. La única excepción es la provocada por la prohibición contenida en el art. 87 Ter n.º 5 LOPJ (no serán susceptibles de mediación los procesos por delitos o faltas tramitados por los Juzgados de Violencia sobre la mujer). El art. 44.5 LO 1/2004 de 29 de diciembre, prohíbe de manera indubitada la mediación en materia de violencia de género. En este sentido, según dice el Protocolo [Nota: Consejo General del Poder Judicial, 1986, op. cit., pág. 114.] publicado por el

CGPJ, el listado de infracciones penales susceptible de mediación penal debe ser un *numerus apertus*, lo contrario puede "resultar contraproducente porque puede obstaculizar y hasta impedir el acceso a mediación de tipos no incluidos en él...". Sin embargo, la aplicación del procedimiento de mediación penal en delitos más graves puede no estar indicada. Por razones obvias, los delitos sin víctima, o en casos de habitualidad [Nota: Es reo habitual quien ha cometido 3 o más delitos de los comprendidos en el mismo capítulo, en un plazo no superior a 5 años, y haya sido condenado por todos ellos. Art. 94 CP.] o reincidencia [Nota: Hay reincidencia cuando, al delinquir, haya sido condenado y en ejecución el culpable por un delito comprendido en el mismo título del Código Penal y de la misma naturaleza. Art. 22.8.º CP.] , o bien debido a circunstancias especiales de la víctima (menores de edad, incapaces, y las víctimas de delitos violentos), pueden no estar indicados los procedimientos de mediación y algunos autores se oponen a su aplicación cuando se trate de delitos en los que el órgano jurisdiccional apreciara una "desigualdad entre las partes" (Carrizo González Castell [Nota: Carrizo González-Castell, Adán, 2011, op. cit., pág. 246.]).

Los resultados satisfactorios que se desprenden de los proyectos realizados en mediación penal de adultos, permiten generar expectativas encaminadas al fomento de la justicia restauradora y especialmente de la incorporación de la mediación como procedimiento penal (Barona Vilar [Nota: Barona Vilar, Silvia, 2011, op. cit., pág. 233.]). Sin embargo, las experiencias piloto revelan que han sido también muchas las ocasiones en que la mediación ha sido viable utilizando las herramientas procesales existentes, como señala Marien Aguilera Morales [Nota: Aguilera Morales, Marien, 2011, op. cit., pág. 138.] "para dotar al acuerdo mediador de eficacia mitigadora o alternativa a la pena. En este sentido, hay Juzgados, por ejemplo, que se han avenido a acordar el sobreseimiento (provisional, pero también libre) de las actuaciones; a transformar el procedimiento por delitos en juicio de faltas; o a anudar a aquel acuerdo la eficacia procesal propia del reconocimiento de hechos (art. 779.1.5.ª LECrim). La institución de la conformidad también ha jugado un papel importante en este contexto, habida cuenta que la obtención de un acuerdo en mediación se ha servido de la conformidad para lograr las ventajas –consensuadas con la acusación o previstas ex lege– propias de esta (arts. 655 y ss, 784.3, 787 y 801 LECrim)". Como sostiene DEL RÍO FERNANDEZ [Nota: Río Fernández, Lorenzo del, 2006, op. cit., págs. 1-9.] , "en nuestro país debería abrirse un debate serio que culminara, a la mayor brevedad, con la puesta en práctica de medidas y programas de mediación penal, junto con una mayor potenciación del principio de oportunidad". Clamor doctrinal que ha desembocado en la reforma del Código Penal y en la promulgación del estatuto de la víctima, como hemos señalado. Era necesario (Carrizo González-Castell [Nota: Carrizo González-Castell, Adán, 2011, op. cit., pág. 253.]) una "regulación detallada del principio de oportunidad que permita al Ministerio Fiscal dejar de ejercitar la acción penal en aquellos casos en los que se alcanzara algún acuerdo en la fase de mediación". Por ello, resulta imprescindible impulsar una legislación positiva que permita una incorporación uniforme del procedimiento de mediación penal. Lorenzo [Nota: Lorenzo J. La suspensión de la pena por el acuerdo de mediación alcanzado en la reforma del Código Penal. Noticias Jurídicas. Artículo doctrinal. 17 de julio de 2015, disponible en goo.gl/qpvVTp con acceso 21 de septiembre de 2017.] lo explica muy bien: La Mediación penal de adultos en España no está regulada de forma positiva, estando únicamente prevista su aplicación en el futuro Código Procesal Penal, que recoge, en su Anteproyecto de Ley, un futuro art. 143 el contenido de la mediación penal como un procedimiento de solución del conflicto entre el encausado y la víctima libre y voluntariamente asumido por ambos en el que un tercero interviene para facilitar que alcancen un acuerdo; así como una ampliación de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, como recoge el futuro art. 144 del futuro Código Procesal Penal, que establece en su número 1 que a la mediación penal realizada en instituciones de mediación o por profesionales de la mediación serán aplicables las normas establecidas en los arts. 6.1, 6.3, 7,8, 10.1, 10.3, 11, 12, 13, 14, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 25 y 26 de dicha ley.

Mientras en la actualidad es el juez quien selecciona en la práctica los casos susceptibles de mediación penal, con la entrada en vigor de esa norma, quién acordaría someter a mediación el conflicto existente en el procedimiento penal sería el Ministerio Fiscal, de acuerdo con lo previsto en el apartado 2 de este futuro art. 144, que recoge: "2. La voluntad de

someter el conflicto con la víctima a mediación por el infractor se comunicará a la víctima por el Ministerio Fiscal, cuando no lo considere inadecuado en razón a la naturaleza del hecho. La comunicación se realizará directamente o a través de la Oficina de Atención a las Víctimas".

Actualmente, para apreciar los efectos prácticos de la mediación penal en el ámbito de la responsabilidad penal profesional, tendríamos que acudir a las herramientas presentes en la Ley Penal sustantiva (Código Penal), como el art. 21.5 del Código Penal establece como circunstancia atenuante *"la de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del juicio oral"* [Nota: Como atenuante simple, permite imponer la pena en su mínima extensión, y como atenuante muy cualificada, aplicar la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley para el delito de que se trate (art. 66 CP).] o al nuevo art. 84 CP que condiciona una posible suspensión de la pena al cumplimiento del acuerdo de mediación. Sin embargo, para el paciente la mediación penal no se limita a un resarcimiento dinerario indemnizatorio (art. 110 CP), sino que puede ser una reparación más allá, donde la víctima no solo es oída, sino que participa activamente en el proceso penal, alcanzándose una verdadera reparación (de ahí el concepto de justicia reparadora). Recordemos que el art. 130.5 CP menciona como causa de extinción de la responsabilidad criminal el perdón del ofendido, que puede lograrse en el acuerdo de mediación.

En este trabajo proponemos el uso del procedimiento de mediación penal para resolver el conflicto médico-paciente subyacente bajo un proceso penal por negligencia médica, por las ventajas que brinda tanto para el profesional sanitario, como para la víctima. Se propone el uso del procedimiento de mediación penal en el enjuiciamiento criminal de negligencias médicas con resultado de daño indemnizable derivado de actividad sanitaria, por sus evidentes beneficios no solo para la víctima o perjudicado, sino también para el infractor.

II. Material y métodos

En este trabajo se realiza una introducción doctrinal sobre la justicia reparativa a partir de una búsqueda bibliográfica realizada mediante el catálogo Jábega [Nota: Catálogo Jábega Biblioteca Universitaria Universidad de Málaga, disponible en www.jabega.uma.es] en la Biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad de Málaga, utilizando como descriptores las palabras clave, para luego realizar un estudio descriptivo a propósito de una experiencia piloto en caso penal real de un juzgado de Málaga en el que se enjuiciaba un delito de lesiones y que fue sometido a mediación penal.

Se describe el procedimiento de mediación penal en un caso real que fue seleccionado dentro de una experiencia piloto para mediación penal. Se identificaron los agentes más importantes del proceso: el mediador y el juez. Se realizó una entrevista abierta a estos dos agentes antes de estudiar la sentencia concreta de este proceso penal.

Finalmente se analiza la posible utilidad del procedimiento de mediación penal en casos de responsabilidad médica penal.

III. Resultados

Como experiencia voluntaria, se ha llevado a cabo en Málaga un proyecto piloto de mediación penal en adultos. El proyecto comenzó en 2011 *de una forma absolutamente altruista y desinteresada* [Nota: Comunicación personal, con D.^a Patricia Estela Barcones (Coordinadora de la entidad de mediación SOLUCION@), Ciudad de la Justicia, Málaga, 17 de marzo de 2015.], y ha terminado formalmente en enero de 2015.

Es el juez de instrucción o de lo penal quien selecciona los asuntos que van a derivarse a mediación penal, con las salvedades antes mencionadas. En principio todas las infracciones penales son susceptibles de ser derivadas al sistema

de mediación, pero el delito en cuestión, aunque sea *público* (porque el ministerio público tiene la misión de acusar) debe ser *interpartes* (por ejemplo, unas lesiones, que son los más susceptibles de mediación), con una posible *indemnización* [Nota: Comunicación personal, con D. Don Rafael López de Cervantes Valencia, Magistrado-Juez del Juzgado de lo Penal n.º 10 de Málaga Ciudad de la Justicia, Málaga, 27 de marzo de 2015] . Es el típico delito donde el perdón del ofendido puede resarcir más su situación personal.

SOLUCION@ en el procedimiento de mediación dentro del proceso penal

Fruto de las experiencias que se han venido realizando voluntariamente por los juzgados del orden penal en toda España, durante estos dos últimos años, se ha llevado a cabo en Málaga un proyecto piloto de mediación penal en adultos; en el que han participado diversos juzgados penales y de instrucción, así como el Ministerio Fiscal en colaboración con tres asociaciones, como expusimos antes. Como consecuencia del convenio de colaboración que firmó la Administración de Justicia con estas tres asociaciones (SOLUCION@, MEDIAMOS, y AMFIMA), se adscribieron un juzgado de Instrucción y otro de lo Penal para colaborar con cada una de ellas.

Mediante entrevista con la coordinadora de la entidad de mediación SOLUCION@, Doña Patricia Estela Barcones [Nota: Comunicación personal, con D.ª Patricia Estela Barcones (Coordinadora de la entidad de mediación SOLUCION@), Ciudad de la Justicia, Málaga, 17 de marzo de 2015.] , nos hemos acercado a la realidad práctica que exponemos a continuación como ejemplo de la actividad diaria de mediación penal como procedimiento integrado dentro del proceso penal *de una forma absolutamente altruista y desinteresada*. La entidad SOLUCION@ está en colaboración con el Juzgado de lo Penal núm. 10 de Málaga y con el de Instrucción número 14, desde hace dos años. El juzgado de instrucción núm. 14 deriva ciertos asuntos y por su parte el Juzgado de lo penal número 10 deriva también, pero mucho menos. El proyecto piloto comenzó en 2011, y ha terminado formalmente en enero de 2015, aunque todavía está realizándose una mediación penal en un asunto que está conociendo el juzgado de lo penal número 10 de Málaga.

Selección del asunto y ofrecimiento a las partes. Es el juez de instrucción o de lo penal quien selecciona los asuntos que van a derivarse a mediación penal. En principio todas las infracciones penales (delitos y faltas) son susceptibles de ser derivadas al sistema de mediación. La única excepción es la provocada por la prohibición contenida en el art. 87 Ter n.º 5 LOPJ (no serán susceptibles de mediación los procesos por delitos o faltas tramitados por los Juzgados de Violencia sobre la mujer). En este sentido, según dice el Protocolo [Nota: Consejo General del Poder Judicial, 1986, op. cit., p. 114.] publicado por el CGPJ, el listado de infracciones penales susceptible de mediación penal debe ser un *numerus apertus*, pues un listado cerrado puede "resultar contraproducente porque puede obstaculizar y hasta impedir el acceso a mediación de tipos no incluidos en él al crear estereotipos que operan a modo de freno automático en los operadores jurídicos para impedir una actitud más abierta y amplia ante la mediación penal". Sin embargo, la aplicación del procedimiento de mediación penal en delitos más graves puede no estar indicada (aunque en estos casos podría llevarse a efecto pasado un tiempo de cumplimiento de pena de prisión). Por razones obvias, los delitos sin víctima, o en casos de reincidencia, o bien debido a circunstancias especiales de la víctima (menores de edad, incapaces, las mujeres víctimas de la violencia machista y las víctimas de delitos violentos), no están indicados los procedimientos de mediación. Hay sectores de la doctrina que se oponen a la aplicación de la mediación cuando se trate de delitos en los que el órgano jurisdiccional apreciara una "*desigualdad entre las partes*" (Carrizo González Castel [Nota: Carrizo González-Castell, Adán, 2011, op. cit., pág. 246.]).

Preguntado por los criterios que sugieren la derivación de un asunto penal al procedimiento de mediación, Don Rafael López de Cervantes [Nota: Comunicación personal, con D. Don Rafael López de Cervantes Valencia, Magistrado-Juez del Juzgado de lo Penal n.º 10 de Málaga Ciudad de la Justicia, Málaga, 27 de marzo de 2015.] señala que el delito en cuestión, aunque sea

público (porque el ministerio público tiene la misión de acusar) debe ser *interpartes* (por ejemplo, unas lesiones, que son los más susceptibles de mediación), con una posible *indemnización*. Es el típico delito donde el perdón del ofendido puede resarcir más su situación personal. Desde esta aproximación, en principio, y a los efectos del presente trabajo, cabría la derivación al servicio de mediación penal de un conflicto por un problema de responsabilidad por *mala praxis* médica que se esté dirimiendo en un proceso penal. Al fin y al cabo, lo que la sociedad exige mediante la afirmación de la acción penal es que "*que trate de evitarse en el futuro y, por otra parte, paliar y aliviar el perjuicio ocurrido (ya que no se puede resolver), dando explicaciones y satisfacciones a los dañados, informando y explicando toda clase de circunstancias concurrentes determinantes o desencadenantes, e indemnizando económicamente el daño causado, haciéndolo con rapidez, equidad y proporcionalidad, cuantificándolo con la mayor exactitud y precisión posible*" (como dice Hernández Moreno et al., [Nota: Hernández Moreno J., Hernández Gil, M. L., Hernández Gil, A., 2002, op. cit., pág. 7.]). A menudo, lo que quiere el afectado es que le pidan disculpas. Y el profesional sanitario, muchas veces no encuentra el momento de hacerlo. La experiencia de juzgado de lo penal número 10 de Málaga durante la vigencia del proyecto ha sido solo de cinco casos, de los que únicamente ha terminado con avenencia uno (lesiones con acuerdo de mediación, que recogemos más adelante). Sin embargo, ninguno de los casos derivados al servicio de mediación penal trataba sobre negligencias médicas o procesos penales con causa de una inadecuada asistencia sanitaria.

Derivación del asunto desde el Juzgado al equipo de mediación. En el expediente de mediación hay un auto del Juzgado en el que se recoge los datos de la mediación, donde el juzgado deriva el procedimiento a mediación penal, y ordena que se notifique al Ministerio Fiscal, al servicio de mediación correspondiente, y que se ponga en conocimiento de las partes. Se hace también un ofrecimiento de acciones tanto a la víctima, como al infractor, por parte del juzgado.

Contacto del equipo de mediación con las partes. Aunque el juzgado realiza un acto de comunicación formal escrita, quien realmente ofrece la mediación a las partes es el servicio de mediación (en este caso, la entidad colaboradora SOLUCION@), mediante llamada telefónica.

Orden de prelación en las llamadas. Generalmente, el servicio de mediación intenta contactar primero con la víctima, pero en la práctica, si la víctima no responde, se contacta también con el infractor indistintamente, ofreciéndoles la actividad de mediación. Se le informa que está la posibilidad de la mediación, que es una buena vía; insistiéndoles en que vayan personalmente para una sesión de información previa a la mediación.

En general, tanto víctima como infractor acceden a acudir al servicio de mediación (depende mucho de la situación entre ellos, si está muy enquistada, y también del delito o de la falta, que por ejemplo si se trata de incumplimiento de régimen de visitas o de alimentos, víctima y agresor no se quieren ver y no están dispuestos por tanto a someterse a un procedimiento de mediación). Ambas partes deben acceder a participar en el procedimiento de mediación, porque como hemos visto, la voluntariedad es uno de sus principios. Si no acuden tras el exhorto o la llamada de teléfono, el servicio de mediación devuelve el expediente al juzgado y termina la mediación.

Presencia de abogados y familiares en esta primera fase. En general no acuden las partes con abogado, salvo las causas penales. Se prefiere que los abogados no entren (obviamente, si entra el de una parte, debe entrar el de la otra). Pero la presencia de los abogados no es necesaria, ni conveniente, en esta primera fase, pues los individuos suelen preferir que hable el abogado y terminaría convirtiéndose en una vista penal, más que en una entrevista con la víctima o el infractor. Por tanto, la sesión informativa se intenta que sea a solas, sin la presencia de abogados que puedan resultar un obstáculo.

La entrevista con víctima e infractor. El mediador en esta fase se informa si existen problemas en acudir ambas partes,

por ejemplo, si existe orden de alejamiento, o si hay algún problema en acudir juntos. Como protocolo, se cita a ambas partes, primero a una y luego a la otra, pero siempre el mismo día, una a continuación de la otra, aproximadamente media hora después. El servicio de mediación dispone de dos salas, una para cada parte para realizar las sesiones informativas por separado. En la sesión informativa se explica bien a la víctima, o al infractor, los principios de la mediación (voluntariedad, confidencialidad, gratuidad...) de qué se trata el procedimiento de mediación, cuáles van a ser los sucesivos pasos del procedimiento (llamada telefónica, sesión informativa, "caucus" [Nota: El "caucus" es la posibilidad que se le da a cada una de las partes, tanto a la víctima como al agresor (si se le da a una, se le tiene que dar a la otra, aunque algunas veces la rechaza), una vez realizada la sesión informativa de contar lo que pasó realmente, de hablar, de dar su versión o explicar lo que pasó, o incluso dar un mensaje a los mediadores, que puede pedirse que sea confidencial de cara a la otra parte, o no. Se puede dar antes o durante la mediación (si las sesiones se alargan, pueden haber ocurrido hechos nuevos, o simplemente, el individuo se acuerda de algo y quiere que lo sepan los mediadores), pero el caucus se producirá hasta el acuerdo, después del cual obviamente ya no tiene sentido.] (si la persona lo necesita), las sesiones de mediación, el acuerdo y sus ventajas). La sesión informativa es muchas veces sesión informativa y a la vez "caucus" (pues muchas veces, la víctima después de la sesión informativa quiere "hablar" y explicar lo que pasó, o cómo vivió lo que pasó), en un proceso natural, lo que la parte quería decir fluye naturalmente. La sesión informativa, así como el "caucus", son individuales con la víctima o con el infractor; mientras que la sesión de mediación (a diferencia de estas) se hará con los dos. Se extreman las precauciones para evitar situaciones en las que no pueda realizarse una actuación conjunta con las dos partes (situaciones en las que víctima y agresor se repelen o existen órdenes de alejamiento; en cuyo caso, se hace la sesión de mediación por separado y equilibrando el tiempo que ambos comediadores dedican a cada una).

El acuerdo. A través de la escucha activa, intentando separar las personas del problema, los comediadores mediante preguntas, a través de la empatía, ver los intereses, más que las posiciones, e intentan que las partes sean las que propongan cosas. Los mediadores no deben proponer soluciones. Se limitan a hablar, a dialogar e identificar propuestas que puedan coincidir en aras de resolver el conflicto. En general, un 80 % de los casos se resuelven en una sola sesión.

Tenemos que pensar que el derecho penal está un acotado a un hecho que ocurrió, que nos llega a través de una denuncia o querrela. Como la mediación penal está dentro de la justicia restaurativa, lo que se busca es que a través de la mediación, haya un pedido de un perdón, un reconocimiento del hecho, que no vuelva a ocurrir, que la víctima se sienta reconfortada por habersele pedido perdón, es decir, la función de la mediación penal no es averiguar qué ocurrió, que las partes reconozcan lo que sucedió y que haya una reparación de la víctima.

Tipos de acuerdo. La reparación material y la reparación simbólica. En el seno del procedimiento de mediación penal, es muy importante el reconocimiento voluntario de la participación en los hechos delictivos, y la disculpa del infractor y sobre todo, el perdón de la víctima —eje central de la mediación penal—, por cuanto tales aspectos son la esencia del procedimiento. Es sin duda, un descanso para la víctima y una experiencia pacificadora para la conciencia del infractor, también en el caso de conflicto infractor/médico-víctima/paciente. Así, el paciente como víctima del conflicto médico-penal está esperando una petición de perdón por parte del profesional sanitario y el acuerdo de mediación puede incluir esta, así como la "*asunción (por este pero también por la víctima) de ciertas pautas de conducta dirigidas a solventar la situación conflictiva que subyace a la comisión del hecho delictivo*" (Aguilera Morales [Nota: Aguilera Morales, Marien, 2011, op. cit., pág. 133.]). Es la reparación simbólica, por la que el médico puede asumir, por ejemplo, la obligación de someterse a un programa específico de formación o redactar una carta de disculpa, etc.

Los acuerdos de mediación incluyen, necesariamente cuando el daño producido así lo permita, la reparación económica que surta efectos indemnizatorios económicos y morales para la víctima (lo que no es diferente en una hipotética resolución del conflicto generado por *mala praxis* médica en el seno de un proceso penal), con objeto de enervar la

responsabilidad civil nacida del delito y posibilitar, en su caso, una sentencia de conformidad. Es justo que si los implicados alcanzan un determinado acuerdo que recoja una indemnización económica del daño causado, se cuantifique con la mayor exactitud y precisión posible y este se alcance con rapidez, equidad y proporcionalidad.

En la situación actual de la práctica sanitaria, de la medicina y profesiones afines, la responsabilidad civil está cubierta, con un cierto límite, por una compañía de seguros, puesto que obligatoriamente el profesional sanitario debe contar con un seguro de responsabilidad civil. Para que el procedimiento de mediación sea eficiente en la resolución de un conflicto generado por una actuación médica deficiente, deben tener previsto las compañías en sus baremos los importes dinerarios a los que están dispuestos a hacer frente, así como especificar sus requisitos y creemos que deberían participar también las aseguradoras –aunque sea indirectamente, mediante de baremos indemnizatorios claramente especificados en todos sus términos al profesional sanitario– en la consecución del acuerdo económico.

El acta de reparación. En líneas generales, una vez alcanzado el acuerdo, que se redacta por cuadruplicado, una copia se hace para el juzgado, otra para la víctima y otra para el infractor, quedando la cuarta en el registro del servicio de mediación penal, que remite el acuerdo al juzgado, llevándolo físicamente.

Seguimiento de los acuerdos. Lamentablemente, no se realiza un seguimiento del cumplimiento de los acuerdos; pero el servicio de mediación realiza internamente una memoria anual, no publicada, independientemente de los datos estadísticos que se comunican anualmente a la Consejería de Justicia de la Junta de Andalucía.

Fin del expediente y la sentencia penal en el procedimiento. En el caso del juzgado de Instrucción, una vez que se el juzgado ha recibido el acuerdo, la causa por falta se termina, y se dicta sentencia que tiene que ver con el sobreseimiento. Lorenzo del Río Fernández [Nota: Río Fernández, Lorenzo del, 2006, op. cit., págs. 1-9.] sostiene que "*el único plazo esencial a tener en cuenta es de la prescripción de la acción penal [...] de tal manera que, si no se llegara a un acuerdo, sea posible la reanudación y enjuiciamiento normal del procedimiento*", refiriéndose a las faltas derogadas ya en el nuevo CP. Por el contrario, en los procesos por delito, la mediación se hará con anterioridad al enjuiciamiento (si es que antes no se ha pedido la mediación desde el inicio de la instrucción) y "*un momento procesal idóneo sería tras el dictado del Auto de procesamiento en el proceso ordinario o tras la transformación de las Diligencias Previas en Procedimiento Abreviado*".

En el caso del juzgado de lo penal, a diferencia de lo que ocurre en el de Instrucción –que si las partes se ponen de acuerdo, no continúa el juicio de faltas–, como señala López de Cervantes [Nota: Comunicación personal, con D. Don Rafael López de Cervantes Valencia, Magistrado-Juez del Juzgado de lo Penal n.º 10 de Málaga Ciudad de la Justicia, Málaga, 27 de marzo de 2015.] , es mucho más complicado el juicio, (pues tiene que haber una condena, que en este caso el acuerdo actúa como atenuante normal, o muy cualificada, que opera una reducción de la pena, incluso posibilitando la suspensión de la misma). En este caso, la sentencia tiene que ver con una atenuación de la pena, gracias al acuerdo, y con la evaluación del fiscal. No es una sentencia de conformidad exactamente, pero termina siendo eso: es el reconocimiento de los hechos y participación por parte del acusado, el perdón por parte de la víctima, el resarcimiento de los perjuicios que se causan a la víctima, y en base a eso, se le aplica una atenuante muy cualificada, y la pena se rebaja en un grado, y habitualmente se obtienen otros beneficios, como la suspensión de la pena.

La sentencia penal de mediación. A propósito de un caso de lesiones con acuerdo Aunque el caso enjuiciado que mostramos a continuación, no está relacionado en absoluto con la *mala praxis* médica, sí puede ilustrar la aplicación práctica de la mediación penal, los beneficios penológicos del acuerdo de mediación, así como su integración por parte del Ministerio Fiscal en el momento de la calificación del delito. Aspectos prácticos que señalamos anteriormente y que

tienen que ver con la atenuación de la pena y la suspensión de la condena y son extrapolables al 100 % a casos de responsabilidad sanitaria.

Presentamos a continuación la única sentencia dictada hasta hoy por el juzgado de lo Penal n.º 10 de Málaga durante la vigencia del proyecto piloto de mediación en el proceso penal, en un caso de lesiones (430/13): relata la sentencia en sus HECHOS PROBADOS que *"a causa de ciertas desavenencias en cuanto a una plaza de aparcamiento, se inició una discusión [...]; «X» golpeó con una caja en la cabeza al acusado «Y», el cual cogió a su vez un objeto punzante que llevaba en la guantera de su vehículo y, con ánimo de menoscabar su integridad física, se lo clavó al primero (acusado X) a la altura del pecho"*. Como consecuencia de esta agresión recíproca, ambos acusados resultaron lesionados.

En la sentencia se recoge que previamente al juicio, ambos acusados se había sometido voluntariamente a un *procedimiento de mediación*, en el que habían reconocido su participación en los hechos, y se habían pedido disculpas recíprocas, aceptadas por la otra parte y se había llegado a un acuerdo en relación con la responsabilidad civil, por lo que esta ya había sido satisfecha, como consta en los **Antecedentes de Hecho**. Puesto en conocimiento del Ministerio Fiscal, este y la defensa letrada del acusado, presentaron escrito conjunto, en el cual, la acusación pública modificó sus conclusiones provisionales y solicitó la condena del acusado "Y" como autor penalmente responsable de un delito de lesiones del art. 148-1 CP, concurriendo la *atenuante muy cualificada* de reparación del daño del art. 21-5 CP, a la pena de 1 año de prisión con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante la condena; asimismo solicitó la condena del acusado "Y" como autor penalmente responsable de una falta de lesiones del art. 617-1 CP a la pena de 1 mes de multa con una cuota diaria de 4 euros con la responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago del art. 53 CP, con expresa condena en costas. La intervención de las partes consistió, por parte del Ministerio Fiscal, en retirar la petición de responsabilidad civil por haberse cubierto este concepto por parte de los acusados con carácter previo y por parte de los letrados de la defensa, se adhirieron a lo interesado por el Ministerio Fiscal, prestando además los acusados expresamente su conformidad.

Como **Fundamentos Jurídicos** de la sentencia se cita, en primer lugar que concurren los requisitos exigidos por el art. 787 LECrim. para que se pueda dictar sentencia de conformidad *por cuanto la defensa y el acusado habían prestado su conformidad con la acusación formulada por el Ministerio Fiscal al comienzo de la vista, la calificación aceptada de los hechos era correcta y la pena solicitada era procedente según dicha calificación, sin que excediera de 6 años de prisión*. Por todo ello, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 787.6 LECrim, se dicta *sentencia de conformidad*. En segundo lugar, se funda la sentencia en la concurrencia de los arts. 81 y 82 CP, y señala que procede otorgar los beneficios de la *suspensión de la pena* privativa de libertad impuesta en esta sentencia al acusado "Y" por plazo de 2 años. En tercer lugar, se acude en los fundamentos de derecho al art. 123 del CP, por el que las costas procesales se entienden impuestas por la Ley a los criminalmente responsables de un delito o falta, por lo que deben imponerse las causadas al condenado en esta sentencia. Por lo que el **Fallo** de la sentencia condena al acusado "Y" como autor penalmente responsable de un delito de lesiones del art. 148.1 CP, concurriendo la *atenuante muy cualificada* de reparación del daño del art. 21.5 CP, a la pena de *1 año de prisión con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante la condena*; mientras que condena al acusado X como autor penalmente responsable de una falta de lesiones del art. 617.1 CP a la pena de *1 mes de multa con una cuota diaria de 4 euros con la responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago del art. 53 CP*, con expresa condena en costas. Finalmente, se otorgan los beneficios de la *suspensión de la pena privativa de libertad* al acusado "X", por plazo de dos años.

IV. Discusión

El significado que tiene esta sentencia puede explicarse no solo por los beneficios penológicos que se concretan en una sentencia de conformidad, dictada con reducción de la pena a imponer y la suspensión de la pena privativa de libertad,

decidida por el juez en relación al acuerdo de mediación, sino también porque "*ambos acusados habían reconocido su participación*", y "*se habían pedido disculpas reciprocas*", habiendo llegado a un acuerdo en relación con la responsabilidad civil, que ya había sido satisfecha. Es decir, tanto la víctima como el infractor se benefician además de cierto descanso moral.

Como recoge José Luis Segovia Bernabé [Nota: Segovia Bernabé, José Luis, et. al. Mediación Penal y Penitenciaria. 10 años de camino. Fundación AGAPE, Madrid, Art&Pres 2010, 239 págs.] , ha habido multitud de experiencias piloto sobre mediación penal, desde la primera en 1993 realizada en Valencia, según relata Silvia Barona Vilar [Nota: Barona Vilar, Silvia, 2011, op. cit., pág. 230.] ; desde 1998 en Cataluña y desde 2000 en Madrid, así como en la Rioja, Sevilla, Vitoria y Córdoba, desde 2005. Actualmente, en Andalucía diversos juzgados de Málaga, Granada, Sevilla, Huelva y Cádiz la ofrecen y existe un servicio de mediación penal en adultos en Andalucía que se localiza en las Provincias de Málaga, Jaén, Huelva y Cádiz [www.fundacionmediara.es].

En Málaga, por ejemplo, los juzgados que ofrecen mediación penal son los de Instrucción números 7, 13 y 14, y de lo Penal números 8, 10 y 12. Así, en Málaga, según la Consejería de Justicia, a través de la Fundación Mediara, cuenta con tres entidades mediadoras para adultos (SOLUCION@, MEDIAMOS, y AMFIMA). El problema es la falta de medios, señala López de Cervantes [Nota: Comunicación personal, con D. Don Rafael López de Cervantes Valencia, Magistrado-Juez del Juzgado de lo Penal n.º 10 de Málaga Ciudad de la Justicia, Málaga, 27 de marzo de 2015] porque el programa funciona de manera altruista (el servicio de mediación tiene que hacer las fotocopias del procedimiento, las llamadas de teléfono...). El problema es que no se entiende la mediación penal hasta que no se hace. Los letrados habitualmente no hacen caso a este procedimiento. El problema, una vez que se entiende, es aplicarlo de manera eficiente. En Instrucción funciona, en familia también y en menores está legislado. En el juzgado de lo penal el problema es que colabore el Ministerio Fiscal, porque al fin y al cabo, esto no deja de ser una conformidad, pero con otro sabor de boca: la víctima queda resarcida, la gran olvidada de nuestro sistema penal, que con la mediación se ve atendida.

La validez de la metodología utilizada en la búsqueda bibliográfica tiene cierta consistencia, pues está al alcance de cualquier investigador. Sin embargo, la posible inconsistencia de la metodología de evaluación cualitativa a través de entrevista personal a los agentes implicados lejos de comprometer la validez externa de los resultados, viene a confirmar los beneficios de todo tipo que se obtienen mediante el procedimiento de mediación penal, de acuerdo con toda la doctrina consultada.

Si bien es cierto que nos basamos en una única experiencia piloto realizada sobre un caso penal real, los resultados obtenidos pueden tener una aplicabilidad práctica de enorme trascendencia si nos centramos en los beneficios penológicos y psicológicos que el procedimiento de mediación penal puede producir tanto en la víctima como en el infractor. Aspectos prácticos que señalamos anteriormente y que tienen que ver con la atenuación de la pena y la suspensión de la condena y son extrapolables al 100 % a casos de responsabilidad sanitaria. Además, la reforma del Código Penal hace posible condicionar la suspensión de la pena al "*cumplimiento de lo acordado entre las partes tras un proceso de mediación, en los casos en que legalmente sea posible*". No existe impedimento legal alguno para que se someta a mediación penal un caso de negligencia médica, salvo que haya una orden de alejamiento, que no suele adoptarse en estos casos. Desde la concepción de la *responsabilidad profesional* médica como "*la obligación que tienen los profesionales sanitarios de reparar y satisfacer las consecuencias de los actos, omisiones y errores voluntarios, incluso involuntarios dentro de ciertos límites, cometidos en el ejercicio de su profesión*" (Gisbert [Nota: Gisbert Grifo MS, Fiori A. Responsabilidad médica. En: Villanueva E, editor. Gisbert Calabuig. Medicina legal y toxicología. 6.ª ed. Barcelona, Masson, 2004. pág. 109-24.]), el procedimiento de mediación debería formar parte también de dicha responsabilidad. Por el Principio de Legalidad, incurrir en responsabilidad penal los médicos únicamente si sus acciones u omisiones están

tipificadas en el Código Penal. La mayoría son tipos resultativos. Es decir, se exige el resultado (fallecimiento, lesión...). Por ejemplo, los medios empleados en las lesiones son indeterminados "*por cualquier medio o procedimiento*", con la única excepción del tipo agravado previsto en el 148.1 y 2 CP. Consideramos que es difícil que el médico cometa su acción dolosamente (y desde luego, será casi imposible probarlo); por lo que lo habitual será que pueda probarse una imprudencia. Recordemos el art. 12 CP que dice: "*Las acciones u omisiones imprudentes solo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley*", como los delitos de Homicidio por imprudencia grave (art. 142.1), por imprudencia profesional (art. 142.1 in fine). Aborto por imprudencia grave (art. 146, párr. 1), o por imprudencia profesional (art. 146, párr. 2). Lesiones por imprudencia grave (art. 152 en relación al art. 147). Lesiones muy graves (art. 149), y otras.

Cuando un paciente sufre un perjuicio relacionado con una atención médica defectuosa, no es muy habitual que acuda a la vía penal desde un primer momento, aunque hay que tener en cuenta que en el caso de la medicina pública, la responsabilidad civil derivada del delito se exige en primer lugar al facultativo (como señala García Garnica [Nota: García Garnica, María del Carmen, Aspectos Básicos de la Responsabilidad Civil Médica. Pamplona, Aranzadi, 2010, pág. 65.]), pues "*si penalmente fuera una conducta tipificada, la responsabilidad de la Administración pasará a ser subsidiaria*". Lo normal es que la víctima o el perjudicado presente una reclamación. Casi siempre, le mueve una queja frente al profesional que le ha atendido, por un servicio inadecuado, o bien reclama una indemnización económica por un resultado dañoso que no tiene obligación de soportar. Pero en la mayoría de los casos, lo que quiere el paciente es que le pidan disculpas.

En este ámbito sanitario, aunque hay abogados, como por ejemplo Vázquez Jiménez [Nota: Vázquez Jiménez, D. "Aspectos prácticos de la responsabilidad médica", Revista Miramar, 2007, n.º 168, págs. 50-53.] , que sostienen que en el caso de hechos graves que puedan constituir infracciones penales "*la vía más aconsejable, ya sea asistencia médica pública o privada, sería la inmediata presentación de una denuncia o querrela criminal*" son pocos los casos donde se exige responsabilidad penal a los médicos por sus actuaciones profesionales: hasta 2010, de un total de 2.817 sentencias judiciales sobre reclamaciones por mala praxis médica de los tribunales españoles de segunda o tercera instancia, correspondieron a la Jurisdicción penal solo un 8 % de ellas, mientras que a la Civil fueron un 85 % de los casos y la Contencioso-Administrativa, un 7 % (Perea Pérez [Nota: Perea Pérez, Bernardo, et. al, "El médico ante los tribunales: análisis de las sentencias judiciales relacionadas con la responsabilidad profesional médica en España", Rev. Esp. de Medicina Legal, 2013, 39(4), págs. 130-134 (disponible en www.elsevier.es/mlegal (goo.gl/RgB9Yk), con acceso 4 de abril 2015).]); lo que se induce a interpretarse como una mejor viabilidad civil para el resarcimiento de un daño ocasionado por una mala praxis, concepto indeterminado que abarca *negligencia médica* (el médico actúa apartándose de la *Lex artis*, produciendo un daño), *imprudencia* (acciones que realiza el profesional de forma temeraria) e *impericia* (cuando el profesional sanitario desconoce absolutamente la técnica, o carece de experiencia suficiente y de habilidad clínica para el desempeño de su profesión, y ello perjudica al paciente). La resolución del conflicto generado por mala praxis médica en el seno de un proceso penal necesita además un acuerdo económico que surta efectos indemnizatorios económicos y morales para la víctima. Desde esta aproximación, en principio, y a los efectos del presente trabajo, cabría la derivación al servicio de mediación penal de un conflicto por un problema de responsabilidad por *mala praxis* médica. Al fin y al cabo, lo que la sociedad exige mediante la afirmación de la acción penal es que "*que trate de evitarse en el futuro y, por otra parte, paliar y aliviar el perjuicio ocurrido (ya que no se puede resolver), dando explicaciones y satisfacciones a los dañados, informando y explicando toda clase de circunstancias concurrentes determinantes o desencadenantes, e indemnizando económicamente el daño causado, haciéndolo con rapidez, equidad y proporcionalidad, cuantificándolo con la mayor exactitud y precisión posible*" (como dice Hernández Moreno *et al.*, [Nota: Hernández Moreno J., Hernández Gil, M. L., Hernández Gil, A., "Responsabilidad por mala praxis médica: la vía extrajudicial". Cuadernos de Medicina Forense, 2002, n.º 28, abril 2002, pág. 7.]). A menudo, lo que quiere el afectado es que le pidan disculpas y el profesional sanitario, muchas veces no encuentra el momento de hacerlo.

Al final del juicio, si se determina la responsabilidad penal del profesional sanitario y su culpabilidad, se le sentenciará a una pena que podrá conllevar una indemnización, si se ha ejercitado conjuntamente la acción civil. Lo que está claro es que la víctima frecuentemente no queda reparada por la indemnización, y mucho menos por la condena del profesional. La aplicación del *ius puniendi* estatal restituye el derecho de la comunidad, pero no proporciona en la mayoría de los casos una restitución *ad integrum* de la víctima. El estigma que se lleva el médico puede hundirlo personal y permanentemente. Por tanto, el médico encausado necesita la mediación penal, tanto más que la víctima. Esta es la clave: desde el punto de vista del conflicto emocional víctima-profesional sanitario infractor, la respuesta de un procedimiento de mediación en el seno de un proceso penal, puede ofrecer ventajas tanto para uno como para el otro, posibilitando una justicia reparatoria eficiente que mejore la Justicia y con ello, beneficie a la sociedad.