



**VNiVERSiDAD
D SALAMANCA**

CAMPUS DE EXCELENCIA INTERNACIONAL

TRABAJO FIN DE GRADO

GRADO EN DERECHO

Derecho Administrativo, Financiero y Procesal

Derecho Procesal

Curso 2017/2018

LA MEDIACIÓN EN EL PROCESO PENAL

Júlia Celia Maselles Pascual

Nicolás Rodríguez García

Junio 2018

TRABAJO FIN DE GRADO

GRADO EN DERECHO

Derecho Administrativo, Financiero y Procesal

Derecho Procesal

**LA MEDIACIÓN EN EL PROCESO
PENAL**

**MEDIATION IN CRIMINAL
PROCEEDINGS**

Nombre del/la estudiante: Júlía Celia Maselles Pascual
e-mail del/a estudiante: id00686702@usal.es

Tutor/a: Nicolás Rodríguez García

RESUMEN (15 líneas)

La realidad jurídica actual nos muestra las deficiencias existentes en el sistema judicial y ello ha generado la necesidad de un cambio de paradigma. Dicho cambio es susceptible de venir impulsado por diferentes métodos alternativos de resolución de conflictos, entre los cuales encontramos la mediación. En el presente trabajo se aborda una investigación relativa a lo que ofrece la mediación penal, una opción que presenta diversas ventajas, a la par de inconvenientes, como puede ser la falta de regulación de la misma, y por ende el escepticismo de los operadores jurídicos a aplicarlo. Junto con la investigación de la figura de la mediación penal también se analiza el cambio que debe sufrir la justicia actual, basada en la filosofía de justicia retributiva para evolucionar hacia una filosofía de justicia restaurativa, que centra su atención en la reparación del daño causado a la víctima. De lo expuesto se deduce que resulta incuestionable que la labor que debe llevar a cabo el legislador es fundamental en esta materia. En el presente trabajo se exponen ciertas reformas a elaborar por el mismo para velar por la implantación de esta institución.

PALABRAS CLAVE (entre 3 y 6): justicia restaurativa, proceso penal, mediación penal, víctima.

ABSTRACT

The current legal reality shows us the shortcomings which exists in the judicial system and this has generated the need for a paradigm shift. This change is likely to come boost for different alternative methods of conflict resolution among which we find mediation. In the actual work an investigation is approached regarding what the criminal mediation offers, an option that shows different advantages, along with drawbacks, how can it be the lack of regulation of the same and therefore the skepticism the legal operators to apply it. Together with the investigation of the figure of the criminal mediation, the change that the current justice must undergo is also analyzed, based on the philosophy of retributive justice to evolve towards a philosophy of restorative justice that focuses its attention on the repair of the damage caused to the victim. From the above, it follows that it is unquestionable that the work to be carried out by the legislator is essential in this matter. In the present work, certain reforms to be developed by the same are exposed to ensure the implementation of this institution.

KEYWORDS: restorative justice, criminal procedure, criminal mediation, victim.

SIGLAS Y ABREVIATURAS

ADR: *Alternative Dispute Resolution*.

Art.: Artículo.

BOE: Boletín Oficial del Estado.

BOCM: Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid

CCAA: Comunidades Autónomas.

CE: Constitución española de 1978.

CGJP: Consejo General del Poder Judicial.

Cit.: citado.

DOGC: Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya.

EEUU: Estados Unidos.

ONU: Organización de las Naciones Unidas.

ÍNDICE

1. Consideraciones generales.	7
i. Introducción.	7
ii. Conceptos:	8
- <i>Referencia a la diversa tipología de justicia.</i>	9
- <i>La mediación.</i>	11
- <i>La mediación penal.</i>	14
iii. Principios de la mediación penal.	14
- Principio de voluntariedad.	14
- Principio de bilateralidad.	15
- Principio de contradicción.	16
- Principio de igualdad.	16
- Principio de imparcialidad y principio de neutralidad.	16
- Principio de inmediatez.	16
- Principio de concentración.	17
- Principio de confidencialidad.	17
- Principio de flexibilidad.	18
- Principio de gratuidad.	18
- Principio de oficialidad.	18
2. Regulación actual:	18
i. Marco legal en el ámbito de la mediación penal.	18
ii. Breve referencia a la mediación penal en el marco de algunas Comunidades Autónomas.	25
iii. Reformas procesales.	28
3. Ámbito de aplicación.	31
i. Breve análisis al derecho comparado.	31

ii.	Reflexión sobre el elenco de delitos susceptibles de ser objeto de mediación penal.....	32
4.	El procedimiento de mediación.....	37
i.	Fases del proceso de mediación.....	37
ii.	Cuestiones generales relativas al desarrollo de la mediación.....	40
-	Las partes del proceso de mediación.	40
a.	Víctima.	40
b.	Victimario.....	41
c.	Mediador.	41
-	Estatuto General del Mediador.	41
-	Espacio de la mediación.....	43
-	Breve referencia a la justicia del procedimiento.	44
5.	Argumentos a favor y en contra del proceso de mediación penal.	45
6.	Reflexiones finales.	46
7.	Bibliografía.	47

1. Consideraciones generales.

i. Introducción.

El conflicto es un elemento inherente a las relaciones personales en sociedad, es por ello que, desde la Constitución española de 1978, se recoge uno de los derechos fundamentales que debe informar cualquier ordenamiento jurídico, como es el derecho a la tutela judicial efectiva¹.

Los métodos de los que se sirve el poder judicial en la actualidad para hacer efectivo este derecho y velar por la paz social mientras se resuelven los conflictos, se muestran insuficientes por diversos motivos, como puede ser el desbordamiento que sufren Juzgados y Tribunales al conocer de un sinnúmero de asuntos diariamente y por la dilación, que se presenta como un aspecto intrínseco del proceso judicial. Asimismo, el proceso penal se caracteriza por ser un proceso rígido², lo cual, analizado en su conjunto, genera una insatisfacción social en torno al sistema judicial.

Teniendo en cuenta el panorama descrito sucintamente en este apartado, se genera una necesidad ineludible, como es la de promover métodos extrajudiciales, métodos alternativos para la resolución de los conflictos. Es en este contexto en el que aparece la figura de la mediación como una vía que va a complementar al proceso penal ordinario, por el cual se van a dirimir aquellos conflictos que sean susceptibles de ello.

A lo largo del presente trabajo de investigación vamos a tratar de dar cabida a la mediación penal, fijando las características que debe revestir y cuáles son las reformas a elaborar por el legislador para incluir esta figura en nuestro ordenamiento jurídico, empezando por un cambio relativo a la filosofía que informa nuestra normativa penal, como es la justicia retributiva, dando entrada a la justicia restaurativa, la cual aporta diversas ventajas como puede ser el hecho de dotar a las partes de un protagonismo del que carecen en el proceso penal ordinario.

¹ Artículo 24 CE: “1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión [...]”

² DURBÁN SICILIA, L., “Mediación, oportunidad y otras propuestas para optimizar la instrucción penal”, *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, 2010, p. 45.

Autores afirman que en el proceso penal que se sigue en la actualidad resultan perdedoras ambas partes³, puesto que el papel de las víctimas queda al margen del mismo y no se está a sus preocupaciones o necesidades reales.

Generalmente se adoptan medidas de carácter patrimonial contra el victimario⁴, teniendo en cuenta que pueden concurrir circunstancias como la insolvencia del mismo, que pueden ver frustrado el cumplimiento de la medida. Asimismo, en ocasiones, para las víctimas una reparación patrimonial sin ir acompañada de una explicación, de una razón, de una disculpa, no repara el daño sufrido.

Esta es una de las ventajas que presenta la mediación penal, que aúna todos los elementos necesarios para lograr un entendimiento entre las partes, para lograr que sean las mismas las que lleguen a un determinado acuerdo y que la víctima se sienta reparada de una forma más integral.

La metodología utilizada para la realización del presente trabajo de investigación se basa en la búsqueda de libros que versaran sobre la materia, de comentarios elaborados por diferentes operadores jurídicos, profesores de universidad, juristas, entre otros; ello junto con la búsqueda de información mediante las páginas webs del poder judicial y de las diferentes comunidades autónomas.

Adentrémonos en el análisis e investigación de la mediación penal como vía de solución de conflictos.

ii. Conceptos:

Para una comprensión adecuada de la institución que aborda el presente trabajo resulta imprescindible saber a qué nos referimos al hablar de “mediación”. No resulta sencilla esta primera labor ya que, al definir cualquier concepto, se está delimitando el mismo y no debemos obviar ningún carácter que debe revestir la mediación para constituirse como una vía totalmente válida y eficaz.

³ FREIRE PÉREZ, R.M., “La mediación penal: contextos normativos e institucionales.”, *Cuadernos Digitales de Formación*, 45 – 2015, (CGPJ), p. 3.

⁴ FREIRE PÉREZ, R.M., “La mediación penal...” op., cit., p. 3.

Para ello, primero debo referirme a la existencia de diversas filosofías que pueden afectar a la implantación o no de la mediación en el ordenamiento jurídico, y a los diferentes tipos de mediación que podemos encontrar.

- ***Referencia a la diversa tipología de justicia.***

En este punto debemos mencionar al psicólogo Albert Eglash, el cual expone en una obra que realizó en 1977⁵, tres modalidades de justicia, diferenciando las mismas en virtud de la finalidad a la que pretendiesen llegar⁶.

En primer lugar, encontramos la ***Justicia Retributiva***. Si centramos nuestra atención en el término “retribución” que, según la Real Academia Española es “*recompensar o pagar un servicio o favor*”, podemos vislumbrar, a grandes rasgos, lo que pretende esta tipología de justicia. Se trata, por tanto, de que cuando una víctima ha sufrido un daño tiene derecho a devolver el daño causado a la persona que lo causó. Es decir, se compensa el mal que ha causado el ofensor con otro mal, en concreto, con un castigo tipificado en la normativa penal⁷.

El sistema de justicia retributiva es el que impregna todo nuestro sistema penal actual, entendiendo que las partes involucradas en esta cuestión es el ofensor y el Estado⁸, puesto que es este último el que fija la pena, el castigo, que debe cumplir quien realiza un hecho constitutivo de delito, según nuestro texto legal. A esta cuestión me referiré más adelante, puesto que una de las ventajas que proporciona la justicia restaurativa es que la víctima no sea una parte pasiva.

En segundo lugar, nos encontramos con la ***Justicia Restaurativa***. En este caso debemos examinar el término “restaurativa”, que proviene del verbo “restaurar”, que implica una reparación del daño.

⁵ EGLASH, A., *Beyond Restitution: Creative Restitution*. Ed. Lexinton Books, United States of America, 1977.

⁶ CUADRADO SALINAS, C. “La mediación: ¿una alternativa real al proceso penal?”, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología “La mediación: ¿Una alternativa real al proceso penal?” *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm.17-01, 2015, p. 4.

⁷ MÁRQUEZ CÁRDENAS, Á. “La justicia restaurativa versus la justicia retributiva en el contexto del sistema procesal de tendencia acusatoria”. *Prolegómenos. Derechos y Valores*, 2007, p. 204.

⁸ MÁRQUEZ CÁRDENAS, Á. “La justicia restaurativa...”, op., cit., p. 211.

Devolver el daño causado con otro daño no implica que se repare el daño ocasionado a la víctima, no implica que la víctima quede resarcida, que es lo que se pretende lograr a través de este tipo de justicia.

Debemos mencionar el concepto de justicia restaurativa o justicia reparadora que recoge la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012, que es la siguiente: *“cualquier proceso que permita a la víctima y al infractor participar activamente, si dan su consentimiento libremente para ello, en la solución de los problemas resultantes de la infracción penal con la ayuda de un tercero imparcial”*⁹.

La definición expuesta recuerda a la figura de la mediación, pero ello no es óbice para creer que la única herramienta para la resolución de los conflictos que abarca la justicia restaurativa es la mediación. Al afirmar esto estaríamos incurriendo en un error, puesto que la mediación se presenta como uno de los diversos métodos de justicia restaurativa, no el único. Analicemos con más detenimiento esta cuestión.

Según M^a Ángeles Cano Soler¹⁰, por justicia restaurativa se entiende, a grandes rasgos, aquella vía de resolución de conflictos que se generan por una infracción en el ámbito penal, dirigida a lograr una reparación del daño ocasionado a consecuencia de dicha infracción, junto con la reintegración social del infractor. Por ende, se trata de un método de resolución de conflictos basado en mecanismos de diálogo entre víctima y victimario, mediante unos encuentros asistidos por un tercero imparcial y neutral.

Según la autora, no se presenta tanto como una forma de resolver conflictos, sino que realmente es una filosofía que se distingue de la justicia retributiva actual, es una nueva filosofía encaminada a concebir la justicia de un modo distinto al que se ha concebido hasta ahora, que pretende lograr una justicia más civilizada, más humana.

No obstante, debo hacer varias puntualizaciones de lo expuesto. Al afirmar que la justicia restaurativa es una nueva filosofía que trata de transformar, o evolucionar, el modo de entender la justicia hasta el momento, puede entenderse que la justicia restaurativa es un bloque separado y diferente al de justicia retributiva.

⁹ Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012.

¹⁰ CANO SOLER, M. A. *La mediación penal*. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 40.

Creo firmemente que la justicia restaurativa puede ser complementaria a la justicia retributiva, es decir, la utilización de un tipo de justicia no debería desplazar a la otra. Ello en base a que, como más adelante abordaré en el epígrafe relacionado con la regulación normativa de la mediación penal, no todos los tipos penales resultan susceptibles de ser objeto de un proceso de mediación penal.

Por tanto, sí entiendo que la justicia restaurativa resulta una nueva modalidad, una nueva concepción de justicia, y nueva en el sentido de diferente a la concebida hasta el momento, no de nuevo surgimiento, pero su aplicación no debe apartar a la justicia retributiva, siendo ambas susceptibles de aplicación complementaria.

Podemos afirmar, llegados a este punto, que lo que trata de lograr la justicia restaurativa es romper con el tópico “ganador-perdedor”, y se da entrada a una nueva filosofía basada en que “*todos ganan, nadie pierde*”¹¹.

Cabe destacar que uno de los pilares fundamentales de la justicia restaurativa es el hecho de otorgar un papel más relevante a la reparación del daño que se ha causado, otorgar un papel protagonista a las víctimas¹². Entendidas así las cosas, tanto víctima como ofensor tratan de definir las consecuencias que se desprenden de la actuación de este último, cooperando ambos para solventar el conflicto.

En tercer y último lugar, encontramos la **Justicia Distributiva**.

- ***La mediación.***

Una vez analizadas las diversas tipologías de justicia, podemos afirmar que la mediación es una herramienta o instrumento mediante el cual se materializa el sistema basado en la Justicia Restaurativa¹³. La mediación concreta y determina los valores y principios que trae implícitos la justicia restaurativa.

¹¹ MEJIAS GÓMEZ, J. F. *La mediación como forma de tutela judicial efectiva*. El Derecho y Quantor, Madrid, 2010, p. 9.

¹² CANO SOLER, M. A. *La mediación penal...*, op., cit., p. 41.

¹³ MORAL GARCÍA, A. DEL, “La mediación en el proceso penal. Fundamentos, problemas, experiencias”. *La mediación. Presente, pasado y futuro de una institución jurídica*, Netbiblo, Oleiros (La Coruña), 2010, p. 52.

Adentrándonos en el concepto de mediación, para posteriormente centrarme en la mediación penal, he tratado de recoger varias definiciones que se encuentran dentro de articulados legales.

Según la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, la mediación es *“aquel medio de solución de controversias, cualquiera que sea su denominación, en que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador”*¹⁴.

De esta definición podemos extraer, como primera característica, que el proceso de mediación es un proceso voluntario, son las partes las que prestan su consentimiento para llevar a cabo el mismo. Por ende, las partes no deben verse coaccionadas para celebrar un proceso de mediación, su decisión es libre. También se desprende que son las mismas partes las que generan sus propias soluciones cooperando entre sí, ello gracias a la asistencia e intervención de un tercero, del mediador.

Según la Ley 15/2009¹⁵, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado, por la que Cataluña actualiza su legislación en materia de mediación, se entiende por tal *“el procedimiento no jurisdiccional de carácter voluntario y confidencial que se dirige a facilitar la comunicación entre las personas, para que gestionen por ellas mismas una solución a los conflictos que las afectan, con la asistencia de una persona mediadora que actúa de modo imparcial y neutral”*.

Como podemos observar, esta definición va mucho más allá. Expone de manera explícita que es un procedimiento no jurisdiccional, añadiendo que, junto con el carácter voluntario del proceso, el mismo también reviste un carácter confidencial.

De la misma se desprende que lo que se trata de conseguir mediante la mediación es facilitar la comunicación entre las personas, ya no solamente que alcancen por sí mismas un acuerdo, sino que se trata de facilitar su comunicación; ello con un objetivo último y es que gestionen la solución a los conflictos que las afectan.

¹⁴ Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. «BOE» núm. 162, de 07/07/2012.

¹⁵ Publicado en «DOGC» núm. 5432, de 30/07/2009, «BOE» núm. 198, de 17/08/2009.

La Ley 15/2009 se toma la libertad de añadir a la definición de mediación varias características que debe revestir el mediador: que sea imparcial y neutral. Ello nos advierte de una cuestión de gran importancia y es que el hecho de que el mediador revista estos caracteres es determinante para llevar a cabo un buen proceso de mediación.

Son varias las diferencias existentes entre la mediación penal y otras mediaciones, como puede ser la familiar. A modo de ejemplo, en la mediación familiar ambas partes se encuentran en situación de igualdad, de equilibrio. Este elemento no se encuentra en la mediación penal, puesto que encontramos a una víctima que ha soportado un daño que no tenía el deber de soportar y a un infractor que ha cometido un hecho delictivo, el que ha ocasionado el daño.

Por ende, cuando nos encontramos ante la mediación penal no debemos olvidar que existe un cierto desequilibrio implícito¹⁶, puesto que el conflicto que ha generado la activación de la mediación ha sido causado por la comisión de un hecho delictivo y ello, de forma automática, dispone a las partes en una situación diferente, no equilibrada.

Otra diferencia se refiere al método. En la mediación penal el método empleado va a ser el idóneo para tratar de lograr la reparación del daño, la curación de la víctima. Ello no es así en la mediación civil, donde se va a tratar lograr un entendimiento, pero enfocado a tomar decisiones que afectan a ambas partes, no tratamos de reparar ningún daño, sino de facilitar la comunicación y la toma de decisiones¹⁷.

Asimismo, también se diferencian en cuanto al objetivo, puesto que en otros tipos de mediación se va a tratar de alcanzar una solución al conflicto, y en la mediación penal tratamos de reparar a la víctima, tratamos de “responsabilizar al agresor”¹⁸.

¹⁶ CANO SOLER, M. A. *La mediación penal...*, op., cit., p. 63.

¹⁷ CANO SOLER, M. A. *La mediación penal...*, op., cit., p. 64.

¹⁸ CANO SOLER, M. A. *La mediación penal...*, op., cit., p. 64.

- ***La mediación penal.***

Hasta aquí hemos analizado varias definiciones de mediación, en su más genérico concepto, diferenciándola de otros tipos de mediación. No obstante, resulta una ardua tarea encontrar una definición de “*mediación penal*”, ello debido a que la mediación civil y mercantil se encuentra regulada, no ocurriendo lo mismo con la mediación penal. Para elaborar una definición del concepto de mediación penal debemos tener en cuenta que el derecho penal tiene sus particularidades, sus singularidades, que se encuentran latentes en todo tipo de procedimientos sobre su materia.

Debemos observar la definición de la mediación en causas penales expuesta en la Decisión marco del Consejo de 15 de marzo de 2001, que entiende por la misma “*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*”.

La mediación penal es aquel instrumento encaminado a la gestión de los conflictos que surgen en el ámbito penal, será aquella mediación que se encuentre en el seno del proceso penal. Por tanto, entendemos que el término “mediación penal” se refiere a la vía de resolución de conflictos que surgen en el seno del ámbito penal, en el que intervienen tanto la víctima como el victimario, asistidos por un tercero imparcial, tratando de llegar a un acuerdo mediante el consenso.

iii. Principios de la mediación penal.

- *Principio de voluntariedad.*

No es posible concebir un proceso de mediación sin contar con la voluntariedad de las partes, que debe ser real. El hecho de que sea una de las características esenciales y fundamentales de toda mediación implica, de forma directa, que no cabe la posibilidad de que se coaccione¹⁹ a las partes a acudir a este tipo de procedimientos para la resolución de su conflicto, ni tampoco cabe la posibilidad de obligar a las partes a llegar a un determinado acuerdo.

¹⁹ RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, G., “Principios básicos de la mediación y resolución alternativa de conflictos penales”, *Revista Crítica Penal y Poder n°1*, 2011, p. 3.

Este principio implica que las partes deben participar en el proceso de mediación de forma libre y voluntaria²⁰. También resulta relevante apuntar que, con anterioridad a que las partes presten su consentimiento, deben ser informadas de todos los derechos que les asisten y de las consecuencias que se derivan del acuerdo que lleguen a alcanzar, si la mediación llega a buen fin²¹.

A diferencia del proceso judicial, aquí son las partes las que van a tratar de alcanzar un acuerdo, ello gracias a la labor de acompañamiento que lleva a cabo el mediador, que capacita a las partes para ello²². El mediador sostiene un rol que se diferencia de una forma clara del rol que desempeña el juez, el cual decide cuál es la solución al conflicto y la impone a las partes.

Si las partes logran acudir a mediación de forma voluntaria, ello, implícitamente, deja entrever que ambas quieren solucionar el conflicto y tratar de que el mismo cese. Por tanto, cada parte actúa de forma voluntaria y autónoma, sin seguir las directrices de nadie.

- *Principio de bilateralidad.*

Existen diversas opciones dirigidas a la resolución de los conflictos, como la autotutela, la autocomposición y la heterocomposición. Este principio se desprende del hecho de que la mediación se constituye como un mecanismo de resolución de conflictos autocompositivo, puesto que es un tercero el que media entre las partes para que las mismas lleguen a un acuerdo. A diferencia de la heterocomposición, donde es el tercero el que impone la solución, son las partes las que, mediante el diálogo llegan a una solución. Por ende, la figura del mediador se limita a facilitar la comunicación²³.

²⁰ RÍOS MARTÍN, J.C., PASCUAL RODRÍGUEZ, E., SEGOVIA BERNABÉ, J.L., ETXEBARRIA ZARRABEITIA, X., BIBIANO GUILLÉN, A., LOZANO ESPINA, F., *La mediación penal y penitenciaria: Experiencias de diálogo en el sistema penal para la reducción de la violencia y el sufrimiento humano*, Colex, Majadahonda, 2012, p.84.

²¹ ALHAMBRA PÉREZ, P., “El juez ante la mediación penal”. *La mediación. Presente, pasado y futuro de una institución jurídica*, Netbiblo, Oleiros (La Coruña), 2010, p. 106.

²² GUILLERMO PORTELA, J. “Características de la mediación”, *Mediación y solución de conflictos: Habilidades para una necesidad emergente*. Tecnos, Madrid, 2007, p. 218.

²³ RODRÍGUEZ GARCÍA, N., “Presente y futuro de la mediación penal”, *Cuestiones actuales de derecho procesal. Reformas procesales. Mediación y arbitraje*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 290.

- *Principio de contradicción.*

Este principio indica la importancia de que ambas partes sean las que participen de forma activa en el proceso de mediación, que se encuentren enfrentadas por un conflicto determinado y que tengan la intención de solucionar el mismo.

- *Principio de igualdad.*

De este principio deriva la necesidad de conferir a ambas partes las mismas herramientas y posibilidades en el proceso²⁴ para así velar por una situación de equilibrio entre ambas. Serán libres para decidir qué oportunidades o herramientas utilizan, pero de partida deben encontrarse en igualdad en este sentido.

- *Principio de imparcialidad y principio de neutralidad.*

La posición en la que debe encontrarse todo mediador es en la de equidistancia respecto de las partes²⁵. Ello implica que no se encuentre en la misma posición que un juez en un proceso judicial, es una parte más que facilita la comunicación entre infractor y víctima, que trata de conducir las sesiones, ello encontrándose en una situación de neutralidad, de imparcialidad. No cabe que en la mediación se imponga una solución, las partes en conflicto son las que tienen que llegar a buen término y ello lo facilita el mediador.

- *Principio de inmediación.*

Para que se cumpla este principio resulta fundamental que todas las sesiones, que todo lo actuado en el proceso se realice en presencia del mediador y bajo la supervisión del mismo²⁶.

²⁴ CANO SOLER, M.A., La mediación penal..., op., cit., p. 271.

²⁵ GUILLERMO PORTELA, J. "Características de la mediación"... op., cit., p. 218.

²⁶ RODRÍGUEZ GARCÍA, N., "Presente y futuro de la mediación penal", op., cit., p. 291.

- *Principio de concentración.*

Las actuaciones que deban realizarse en el marco del proceso de mediación, que hagan referencia a un conflicto, deben dirimirse todos en el mismo proceso. Ello supone que se tratará de dar solución al conflicto en el menor número posible de sesiones, abarcando en las mismas cualquier cuestión que suscita problemas entre las partes.

- *Principio de confidencialidad.*

Este principio implica que todo lo relativo al proceso, a los hechos, a la admisión de la culpa por las partes esté protegido por la confidencialidad. Por tanto, si durante una de las sesiones el sujeto infractor declara o admite haber cometido unos concretos hechos que podrían ser constitutivos de delito, esta declaración no podrá ser utilizada en un posterior proceso judicial. Las ventajas que presenta la mediación son mayores si la dotamos de confidencialidad puesto que las partes se van a sentir más libres y más colaboradoras, ya que serán conscientes de que todo lo que digan, o admitan, no podrá ser utilizado en su contra, si se da el caso de que dicho conflicto finalmente deba ser dirimido mediante un proceso judicial²⁷.

Este principio puede entrar en contradicción con el principio de presunción de inocencia, puesto que, si el infractor admite haber cometido ciertos actos, la víctima puede, sabiendo de antemano la información, buscar indicios que apoyen esa versión, cosa que no hubiera podido ocurrir si no se hubiese llevado a cabo la mediación. No obstante, este principio de confidencialidad no opera en el caso de que los delitos relatados revistan un carácter de gravedad y si existen indicios de que se ha podido llevar a cabo un maltrato a menores²⁸.

El hecho de que todo lo que suceda en la mediación revista el carácter de confidencialidad no implica que el juez, el fiscal y los letrados de cada parte no vayan a conocer lo recabado en dicha mediación, puesto que la solución a la que lleguen las partes debe ser plasmado en un acuerdo, que deberá ser entregado a los mismos.

²⁷ GUILLERMO PORTELA, J. “Características de la mediación” ... op., cit., p. 218.

²⁸ GUILLERMO PORTELA, J. “Características de la mediación” ... op., cit., p. 218.

- *Principio de flexibilidad*

A diferencia del proceso penal, la mediación, al ser voluntaria, no debe regirse por un proceso rígido, con plazos fijos, sino que debe regirse por la flexibilidad, debe adaptarse a las necesidades de las partes, adaptarse a la comodidad de las mismas. Ello no es óbice para que no deba seguirse ningún tipo de estructura a lo largo del procedimiento, pero debe buscarse la comodidad de las partes. Este principio otorga la posibilidad de que el proceso se prolongue en el tiempo o que se acote. La flexibilidad se tiene en cuenta no solamente en lo relativo a los plazos, sino en lo relativo a la forma, al lugar, al número de sesiones...

- *Principio de gratuidad.*

Este principio deriva, de forma directa, del hecho de que el derecho penal tiene un carácter público²⁹. Se trata de que todo aquél que necesite iniciar un proceso de mediación para resolver un conflicto tenga en su mano la posibilidad de hacerlo, sea cuales sean sus recursos económicos, es decir, que esté a la mano de cualquier ciudadano, puesto que forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva³⁰.

- *Principio de oficialidad.*

Este principio dota al proceso de mediación penal de seguridad y de formalidad, por el cual se garantizan los derechos que asisten a las partes.

2. Regulación actual:

i. Marco legal en el ámbito de la mediación penal.

Antes de analizar lo relativo a la regulación normativa de la mediación penal vigente, debemos realizarnos una serie de cuestiones a las que trataremos de dar respuesta mediante la exposición del presente epígrafe.

²⁹ GUILLERMO PORTELA, J. "Características de la mediación" ... op., cit., p. 218.

³⁰ Artículo 24.1 CE.

¿El sistema judicial penal vigente se encuentra en crisis? ¿Cuál es el fundamento que sirve de base a la creación de nuevas figuras para la resolución de los conflictos? ¿Es una cuestión que solamente atañe a España, a los Estados miembros de la Unión Europea o es un movimiento internacional?

Para dar respuesta a las primeras cuestiones planteadas, debemos tener en cuenta cuál es el sistema judicial penal vigente.

Como bien apuntaba en líneas de mi anterior exposición, el sistema vigente tiene como base una Justicia Retributiva³¹, que tiene como principal cometido la represión del autor de la infracción que se trate. Se entiende que la pena, el castigo al que se somete al infractor, es la única forma en la que se puede eliminar el conflicto.

Otro rasgo característico del sistema penal reside en que la finalidad de la pena, al menos desde una perspectiva teórica, es la resocialización del reo, la reeducación y reinserción del mismo. Ello se desprende del tenor literal del art. 25.2 de la Constitución española.

No obstante, la práctica y la realidad no muestran otros resultados. Podemos observar que no se alcanza esta finalidad o al menos no suficientemente. Sabiendo que este sistema resulta insatisfactorio, no resulta extraña la creación de un nuevo sistema, de una nueva concepción de justicia que tenga otras finalidades, más humanas y más civilizadas que sí pueden impulsar a la reinserción y resocialización del reo.

A esta realidad, que nos muestra que el sistema vigente resulta insatisfactorio, debemos añadir la realidad relativa a la congestión del sistema judicial. Es sabido que hoy en día el número de cuestiones que tratan de dirimirse en los Juzgados y Tribunales es más que alto, suponiendo ello una serie de inconvenientes para su resolución, como la falta de medios económicos y humanos, la ralentización de los procesos, generando todo ello un malestar social respecto al poder judicial. Por todo ello podemos afirmar que el sistema judicial penal vigente se encuentra en crisis³², y como en toda crisis, deben plantearse nuevas soluciones e impulsar nuevos métodos, observar y analizar desde puntos de vista hasta ahora evitados para tratar de mejorar el sistema judicial.

³¹ URBANO CASTRILLO, E. DE, “La Justicia Restaurativa penal”, *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, 2010, p. 6.

³² URBANO CASTRILLO, E. DE, “La Justicia Restaurativa penal”... op., cit., p. 6.

Para dar respuesta a la última de las cuestiones abordaremos un análisis relativo a las medidas que se están tomando, tanto desde organizaciones internacionales, como desde la propia Unión Europea y los proyectos que se están llevando a cabo en distintas Comunidades Autónomas.

A. Análisis desde el plano internacional.

Desde las distintas organizaciones internacionales observamos una tendencia a impulsar métodos de resolución de conflictos alternativos. El aval a la mediación penal viene impulsado desde antiguo, destacando la *Declaración realizada por la ONU de 29 de noviembre de 1985 sobre principios básicos de la justicia para víctimas de delitos y de abuso de poder*. En ella se fomenta que la víctima sea entorno a quien se centre el sistema de justicia penal, impulsando la reparación del daño como fin del proceso³³.

En ella se establece que se utilizarán mecanismos para la resolución de los conflictos tales como la mediación, esto es, haciendo una mención expresa a esta vía. Podemos concluir que, desde 1985, desde instancias supranacionales, se impulsa la mediación con una finalidad clara, la reparación en favor de las víctimas, considerando a la misma el centro del sistema de justicia penal.

En este punto debemos citar, de igual manera, la *Resolución 2002/12, del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas, de 24 de julio*, mediante la que se aprueban los principios básicos de justicia restaurativa en materia penal³⁴.

En la misma se reconoce de forma explícita el fomento y la iniciativa en la materia que nos concierne, el impulso de la justicia restaurativa, entendiendo que representa los valores de entendimiento, de armonía y paz social. En ella se expone que los Estados deben considerar el desarrollo de una nueva concepción de justicia, encaminadas al refuerzo de la justicia restaurativa y a su reconocimiento y promoción.

³³ FLORES PRADA, I., “Algunas reflexiones sobre la justicia restaurativa en el sistema español de justicia penal”. *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje* (2º), 2015, p. 23.

³⁴ FLORES PRADA, I., “Algunas reflexiones... op., cit., p. 23.

Finalmente, debemos traer a colación las *Directrices de Naciones Unidas para una mediación eficaz* (A/66/811, 25 de junio de 2012), en la que se establece que la mediación se presenta como “*un elemento intersectorial de la solución de conflictos*”³⁵; junto con la *Resolución 1999/26 de 28 de julio de 1999*, relativa a la “*Elaboración y aplicación de medidas de mediación y justicia restaurativa en materia de justicia penal*”.

Vemos que, a través de estas Resoluciones, Declaraciones y Directrices, expuestas a modo de ejemplo para considerar la magnitud del impulso y promoción que se está llevando a cabo desde las organizaciones más relevantes a nivel internacional, la importancia que se le da a estos métodos de resolución de conflictos es relevante.

Por tanto, observamos una tendencia hacia la promoción y hacia el impulso de nuevos métodos, más avanzados, más humanos, más civilizados, ya desde instancias internacionales.

B. Análisis desde el plano europeo.

En primer lugar, y referente al Consejo de Europa y las recomendaciones emanadas del mismo, destaca sin duda la *Recomendación (99) 19, de 15 de septiembre, sobre mediación en el ámbito penal*, en la que se define la misma, se fijan sus principios, su fundamento jurídico, exponiendo de forma clara que “*La legislación debería facilitar la mediación en el ámbito penal*”³⁶. Vemos que desde 1999 la mediación penal se presenta como un complemento al sistema judicial penal. No obstante, no todos los Estados se han encontrado a la altura de esta demanda.

En segundo lugar, en el ámbito de la Unión Europea debemos analizar en profundidad la *Decisión Marco (2001/220/JAI), del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo de 2001, relativa al Estatuto de la Víctima en el Proceso Penal*³⁷.

³⁵ Asamblea General de las Naciones Unidas, (junio de 2012). Fortalecimiento de la función de mediación en el arreglo pacífico de controversias, la prevención de conflictos y su solución. (A/66/811).

³⁶ Se trata de impulsar que los Estados miembros faciliten la aplicación de la mediación penal. Se establece en el Anexo a la recomendación No R (99) 19, en su primer Fundamento Jurídico (6).

³⁷ Diario Oficial de las Comunidades Europeas (marzo de 2001). Decisión Marco del Consejo de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal (2001/220/JAI).

Se trata de una Decisión Marco, lo que implica que su cumplimiento se deja al arbitrio de cada Estado miembro, pero debiendo alcanzar lo dispuesto en la misma todos ellos. Por tanto, es una norma vinculante, pero cada Estado miembro la incluirá en su ordenamiento como estime conveniente, sin sobrepasar el límite temporal que en la misma se dispone.

De la lectura de la Decisión Marco debo realizar varias consideraciones. En primer lugar, que del tenor literal del art. 1.e) ya se desprende una realidad y es la existencia de la “mediación en causas penales”. Hace referencia de forma expresa a esta figura, definiendo a la misma como la búsqueda de un acuerdo, de una solución a un conflicto suscitado entre víctima y autor de la infracción, mediando una persona competente para ello, dejando libertad a la hora de llevarlo a cabo, tanto antes como durante el proceso penal³⁸.

Sin duda alguna, la pieza angular de la Decisión Marco es su art. 10. En él se aborda la cuestión relativa a la “*Mediación penal en el marco del proceso penal*”.

Solamente 6 líneas bastaron al Consejo de la Unión Europea para impulsar tan relevante institución. En el citado precepto se expone, de forma literal, que los diferentes Estados pertenecientes a la Unión “procurarán impulsar” la mediación en causas penales, eso sí, incidiendo en una cuestión que merece nuestra atención: para aquellos hechos delictivos que, según cada Estado miembro, sean objeto susceptible a este tipo de medida.

De la lectura detallada del articulado de la Decisión Marco, y centrando mi atención en el art. 10, entiendo que al establecer que “procurarán impulsar”, lo que se pretende desde las altas instancias es que cada Estado miembro integre esta figura en su ordenamiento jurídico³⁹, debe promocionarla y debe regular, en menor o mayor medida, los supuestos que sean susceptibles de ser objeto de un proceso de mediación.

³⁸ Diario Oficial de las Comunidades Europeas (marzo de 2001). Decisión Marco del Consejo de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal (2001/220/JAI).

³⁹ GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, G., “Víctima y mediación penal”. *Anales de Derecho*, 2008, p.449.

Sabiendo que las Decisiones Marco son vinculantes para los estados y utilizando el verbo procurar, definido por la RAE como “*hacer diligencias o esfuerzos para que suceda lo que se expresa*”, se podría afirmar, a priori, que se trata de una obligación para los Estados miembros el impulso a esta figura.

No obstante, cabría la posibilidad de que la intención del Consejo de la Unión no fuere otro que informar o transmitir a los Estados miembros que desde la Unión Europea se va a tratar de impulsar una nueva metodología para la resolución de los conflictos, debiendo tenerlo en cuenta los Estados a la hora de legislar, para que, simplemente tuvieran constancia de que en aquel momento era una realidad la existencia de la mediación penal y que, a la postre, todos los Estados deberían contemplarla en su Ordenamiento.

Esta duda se despeja mediante “*un informe del Grupo Consultivo de alto nivel sobre el futuro de la política europea de justicia*⁴⁰” de julio de 2008, en el que se dispone de forma rotunda y sin vacilación, que lo que se pretende mediante la inserción de ese artículo y del verbo “procurar” es obligar, imponer de forma imperativa a impulsar la mediación en las causas penales a los Estados miembros de la Unión Europea.

Sin contar con este informe, el art. 10 de la Decisión Marco era susceptible de múltiples y muy variadas interpretaciones que no hubieran sido más que un obstáculo para la promoción de la mediación penal.

El papel de la Unión Europea no cesa en esa Decisión Marco, puesto que tras ella se emitió la *Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012*⁴¹. De nuevo, la forma en la que los Estados acomoden esta normativa y los medios a través de los cuales lo hagan, se otorga libertad a los Estados, no obstante, el objetivo de la misma debe ser cumplido por todos y cada uno de los Estados miembros.

Visto, a grandes rasgos, lo impulsado desde instancias europeas, debemos entrar a analizar lo que se está llevando a cabo desde el ámbito estatal.

⁴⁰ GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, G., “Víctima y...”, op., cit., p. 449.

⁴¹ FLORES PRADA, I., “Algunas reflexiones... op., cit., p. 25.

C. Análisis desde el plano estatal.

Mientras en el ámbito internacional y europeo se cuenta ya con una amplia normativa al respecto, en el plano estatal destaca la ausencia de regulación de este tipo de mediación⁴². Podemos enunciar, si más no, la existencia de una prohibición expresa sobre la mediación penal en los casos de violencia de género, contenida la *Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*⁴³, en cuyo art. 44.5, expone de forma clara que “5. En todos estos casos está vedada la mediación”.

La cuestión que resulta significativa es el hecho de que se está prohibiendo la mediación penal cuando tan siquiera hay una regulación a la misma. Por tanto, y sin obviar el hecho relativo a que dicha prohibición se establece en una Ley Orgánica, en el momento en el que se regule la mediación penal no deberá desoírse este mandato.

La segunda cuestión a tener en cuenta es que sí se ha regulado la mediación penal en el ámbito de los menores⁴⁴ mediante la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

Mención específica merece la Ley 4/2015⁴⁵, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, en cuyo art. 3 hace mención a la justicia restaurativa.

Por otro lado, debemos destacar que los órganos judiciales que ofrecen mediación se expanden cada vez más. No obstante, cabe destacar que tanto en Extremadura, como en parte de Andalucía y de Castilla-La Mancha, todavía no encontramos órganos judiciales que la ofrezcan⁴⁶.

⁴² Mediación penal reparadora de adultos. Guías Jurídicas. Wolters Kluwer.

⁴³ «BOE» núm. 313, de 29/12/2004.

⁴⁴ «BOE» núm. 11, de 13/01/2000.

⁴⁵ «BOE» núm. 101, de 28/04/2015.

⁴⁶ Datos extraídos de la página web del Poder judicial.

ii. Breve referencia a la mediación penal en el marco de algunas Comunidades Autónomas.

Comunidad de Madrid: experiencia piloto⁴⁷

Partimos de la base de que en la Comunidad de Madrid no existe ley que regule la mediación penal, cosa que sí ocurre con la mediación familiar⁴⁸, que se encuentra regulada desde 2007. Por esta razón, todas las experiencias que encontramos sobre mediación penal que se hayan abordado en dicha comunidad son experiencias piloto. Analizaremos una de ellas.

Debemos situarnos en el Juzgado de lo Penal número 20 de Madrid, entre 2006 y 2007, en el cual se llevó a cabo una experiencia piloto en la que trabajaron Secretarías Judiciales, mediadoras, abogados, fiscales, entre otros.

En primer lugar, destaca que, a falta de regulación, crearon un método para derivar los asuntos que llegaban a Secretaría a mediación, y era el análisis de tres variables⁴⁹:

En primer lugar, valoraban los hechos, sobre qué versaba el caso, siendo los delitos contra el patrimonio, lesiones y cuestiones en el ámbito familiar las que finalmente se decidía derivar. Una cuestión a destacar es la importancia que le daban a las circunstancias que rodeaban el asunto en cuestión, más que a los hechos en sentido estricto.

En segundo lugar, se valoraba y analizaba la figura representada por el acusado, determinando la necesidad de que el mismo se pronunciara, de alguna forma, sobre su culpabilidad o no, puesto que en los casos en los que se declarase inocente sin duda alguna no se derivaba a mediación.

En tercer y último lugar, se analizaba la figura de la víctima.

Tras ello, mediante resolución, se fijaba el traslado al Ministerio Fiscal, para que dictase un informe sobre la idoneidad o no de la derivación.

⁴⁷ SÁEZ RODRÍGUEZ, M.C. *Publicaciones del Poder Judicial en el ámbito de la “Mediación Penal”*.

⁴⁸ Ley 1/2007, de 21 de febrero, de Mediación Familiar de la Comunidad de Madrid, publicado en BOCM n.54, de 5 de marzo de 2007.

⁴⁹ SÁEZ RODRÍGUEZ, M.C. *Publicaciones del Poder Judicial... op., cit., p.4.*

En este punto, si el informe determinaba que, ese caso en concreto, no debía someterse a un proceso de mediación, las actuaciones concluían en este sentido, volviendo al proceso ordinario. Cabe mencionar que, a lo largo de todo el estudio realizado por los integrantes de esta experiencia piloto, solamente en una ocasión el Ministerio Fiscal entendió que el supuesto no era susceptible de ser dirimido por mediación penal. Si el Ministerio Fiscal daba su aprobación, se daba comienzo al proceso y a sus fases.

De toda esta experiencia piloto podemos extraer ciertas conclusiones, como es el hecho de que derivaron 23 casos a mediación, siendo exitosos 10⁵⁰. En los 13 restantes no fue posible la consecución de un acuerdo. Las razones por las que no resultaron tienen una explicación, y es que en la mayoría de las ocasiones no se encontraron con una participación activa por parte del acusado.

Tras el acta de reparación que representa la finalización del proceso de mediación, se celebraba un juicio oral, en aras de respetar la normativa vigente. Si en dicho juicio oral se avalaba, por parte de las partes, el contenido del acta de reparación que habían suscrito previamente, se dictaba sentencia y se declaraba su firmeza, procediendo posteriormente a su ejecución.

Los resultados extraídos de esta experiencia piloto fueron gratificantes puesto que, siendo una institución que no encontraba normativa que la regulase, los participantes de la misma vieron como sí resulta beneficioso derivar a mediación cierto tipo de asuntos y que la misma tiene cabida en el ordenamiento jurídico español.

CATALUÑA

Actualmente solamente existe regulación relativa a la mediación en el ámbito del derecho privado, junto con la regulación de la mediación en lo relativo a la Justicia Juvenil. No obstante, me comuniqué de forma directa con la Generalitat de Catalunya para que me informara de las medidas que se habían tomado en relación con la mediación penal en el ámbito de los adultos.

⁵⁰ SÁEZ RODRÍGUEZ, M.C. *Publicaciones del Poder Judicial...* op., cit., p. 8.

Obtuve respuesta en la que se me hacía referencia al “programa marco del Departamento de Justicia”, que incorporaba las siguientes medidas⁵¹: una primera medida, con fecha de 1998, en el que la Generalitat inició el programa piloto de mediación y reparación en la jurisdicción penal, haciendo especial mención a que fue una experiencia pionera en nuestro país; una segunda medida varios años después, en 2006 en la que se publica el “Programa Marco de Mediación y Reparación Penal del Departamento de justicia”, el cual se revisó y actualizó 10 años más tarde, cambiando su denominación a “Programa de Justicia Restaurativa”.

Podemos afirmar que se trata de una de las Comunidades Autónomas que más ha impulsado esta figura contando con un programa específico de Justicia Restaurativa.

PAÍS VASCO

Por lo que se refiere al País Vasco, encontramos un Sistema de Mediación Penal en el que se llevan a cabo experiencias piloto en las que se dirimen los conflictos utilizando la mediación penal.

Como experiencia piloto, acudir a la misma resulta gratuito y pueden acceder de forma voluntaria aquellos que así lo deseen. Destaca uno de los objetivos de este Sistema de Mediación Penal, en el que se establece que lo que tratan de conseguir es *“enriquecer el proceso resolutivo del conflicto, mediante la comunicación entre las partes”*⁵², ello mediante la introducción de ciertos aspectos con los que no se cuenta en el procedimiento ordinario penal.

Por lo general, la normativa elaborada por las Comunidades Autónomas se centra en la mediación familiar, siendo lenta la evolución de la mediación penal.

⁵¹ Comunicación directa.

⁵² Información extraída de la página web del Departamento de Administración Pública y Justicia de Euskadi.

iii. Reformas procesales.

Debemos partir de la premisa de que la actual Ley de Enjuiciamiento Criminal data de 1882. Este hecho provoca que, en primer lugar, resulte anacrónica y no se adapte a las necesidades que se le exigen en la actualidad. Por ende, una reforma integral y completa de la misma se presenta como una necesidad insoslayable.

En cuanto a la institución que nos atañe, en la actual Ley de Enjuiciamiento Criminal no se hace mención alguna a la misma, teniendo en cuenta que en 2015 se introdujeron reformas a la Ley⁵³, pero en ningún momento se incorporó esta institución en su articulado. Lo cual resulta, si más no, curioso, puesto que desde instancias europeas ya se venía advirtiendo a los Estados miembros de la importancia de regular esta figura.

Para acometer la cuestión relativa a cómo regular en la Ley de Enjuiciamiento Criminal la cuestión relativa a la mediación penal, comentaré los anteproyectos de ley presentados por el Partido Socialista Obrero Español en 2011, y por el Partido Popular en 2013, respectivamente. Resulta relevante que ambos anteproyectos incluyen en su redacción preceptos dedicados a la mediación penal.

Por una parte, el anteproyecto propuesto por el Partido Socialista Obrero Español dedicaba, concretamente, 5 preceptos a la misma: el primero de ellos hace referencia a los principios que deben informar la institución, mencionando el principio de voluntariedad, gratuidad, oficialidad y confidencialidad.

Expone, asimismo, la necesidad de información a las partes sobre sus derechos, la naturaleza y las consecuencias que se pueden derivar, reitera la necesidad de que acudir a este proceso es una decisión que deben tomar las partes de forma libre y sin coacción alguna.

⁵³ Las mencionadas reformas se introdujeron mediante la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica («BOE» núm. 239, de 6 de octubre de 2015, páginas 90192 a 90219) y la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales («BOE» núm. 239, de 06/10/2015).

El siguiente precepto hace referencia al procedimiento *stricto sensu*, es decir, los pasos que se seguirán y que regularán todo el proceso de mediación. El tercer precepto tiene como título “consecuencias”, entendidas estas como las que derivarán del sometimiento de las partes al proceso de mediación, esto es, lo que procede tras el procedimiento. El penúltimo precepto introduce la mediación en el juicio oral, entendiendo, por tanto, que la mediación cabe en distintas fases procesales. Y el último precepto versa sobre la interrupción del plazo de prescripción de la infracción penal.

El anteproyecto elaborado por el Partido Popular aborda la cuestión ya en la exposición de motivos, donde se hace eco de la necesidad de regular esta materia, tanto por la imposición desde instancias internacionales y europeas, siendo reclamado también por la práctica. Son cuatro los artículos que abordan su regulación, el primero se denomina “contenido de la mediación penal”, definiendo a la misma; el segundo aglutina lo relativo a su procedimiento, y a algún principio inspirador, pero no entra en detalle. El penúltimo hace referencia a la suspensión de las diligencias de investigación mientras se tramita el procedimiento y el último hace referencia a los efectos.

Podemos observar, en ambos anteproyectos, que la regulación a esta institución resulta más bien insuficiente, puesto que deberían entrar en detalle de los principios inspiradores, definiendo al mismo, considerándolo como otra herramienta de justicia penal, cosa que podemos observar no se hace en dichos anteproyectos. También resultaría útil la concreción de su ámbito objetivo de aplicación.

La reforma procesal debería contener los siguientes preceptos:

- Definición de la mediación penal como instrumento de justicia penal.

- Principios en los que debe basarse, haciendo mención a todos y cada uno de ellos, puesto que resulta de gran relevancia tasar normativamente aquellos principios que no deben obviarse.

➤ Momento procesal en el que debe acudir al proceso de mediación⁵⁴:

Por lo que se refiere a la mediación penal en la fase anterior al juicio oral, especial cautela merece el principio de presunción de inocencia⁵⁵, por ello no resulta oportuna la iniciación del proceso sin contar con la admisión de los hechos por parte del victimario, teniendo en cuenta que el contenido de las sesiones llevadas a cabo en el transcurso del proceso de mediación se ven revestidas de confidencialidad. El acuerdo al que se llegue deberá ser ratificado por el juez.

De igual modo debe ponerse a disposición de las partes el proceso de mediación en la fase de juicio oral, e incluso tras la misma, cuando nos encontremos con la ejecución de la sentencia⁵⁶. Cuando la mediación se inicie en fase de ejecución de la sentencia el ámbito de actuación será más reducido por la existencia de la citada sentencia. No obstante, a priori, no debe descartarse la vía de mediación puesto que los efectos reparadores pueden ser positivos para ambas partes, pudiendo contar con la suspensión de la ejecución de la pena contenida en la sentencia si las partes llegan a un acuerdo.

De lo expuesto se deduce que debe darse la oportunidad de iniciar un proceso de mediación penal en cualquier momento del proceso penal.

➤ Procedimiento de mediación:

Debiendo hacer referencia a los pasos bases a seguir, sin olvidar la flexibilidad que impera en todo proceso de mediación. También debería contener un mandato a todos los operadores jurídicos que deban participar en el procedimiento, dejando claras sus labores. De igual modo, debería elaborarse un Estatuto del mediador, debiendo remitirse al mismo.

➤ Consecuencias que se derivan del procedimiento.

➤ Los efectos que produce la consecución a un acta de reparación.

⁵⁴ Mediación penal reparadora de adultos. Guías Jurídicas. *Wolters Kluwer*.

⁵⁵ FREIRE PÉREZ, R.M., “La mediación penal: contextos normativos e institucionales.”, *Cuadernos Digitales de Formación*, 45 – 2015, (CGPJ), p.20.

⁵⁶ DURBÁN SICILIA, L., “Mediación, oportunidad y otras otras propuestas...” op., cit., p. 57.

3. **Ámbito de aplicación.**

i. **Breve análisis al derecho comparado.**

Llegados a este punto, debemos hacer referencia a cómo se ha regulado esta materia en diferentes lugares del mundo.

EEUU: En primer lugar, analizando la regulación que se ha llevado a cabo en EEUU debemos tener en cuenta que ahí se sitúa el inicio de las denominadas ADR⁵⁷. Según ciertos autores, el hito de los ADR se sitúa en 1976, año en el que se celebró una Conferencia relativa a las “Causas de insatisfacción popular con la Administración de Justicia⁵⁸”. En la mencionada conferencia se hizo una alusión directa a la existencia de vías alternativas para la resolución de los conflictos⁵⁹, propugnando su inclusión en los sistemas judiciales.

No obstante, el nacimiento de estos métodos alternativos no se produce en ese momento, debiendo remontarnos al siglo XVI, donde grupos de religiosos, grupos étnicos de inmigrantes, en definitiva, diferentes grupos sociales, ya resolvían sus disputas haciendo uso de la mediación⁶⁰. A lo largo de los siguientes años, hasta la actualidad, se han promovido una gran cantidad de normativa relativa a esta cuestión.

FRANCIA: Tras la aprobación de la Ley penal juvenil, donde se incorporan sistemas de resolución de los conflictos basados en el principio de oportunidad, se introdujo una regulación similar en el Código de proceso penal. En el país francés la derivación al proceso de mediación se realiza, como regla general, para los delitos que no revistan una gran gravedad, es decir, delitos menores sin reincidencia⁶¹.

⁵⁷ Las siglas corresponden al movimiento “Alternative Dispute Resolution”.

⁵⁸ Conferencia denominada “Pound Conference”, en honor al profesor Roscoe Pound. El tema que se trataba era “Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice”.

⁵⁹ MARQUES CEBOLA, C., *La mediación*. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2013, p. 33.

⁶⁰ MARQUES CEBOLA, C., *La mediación*. Marcial Pons... op., cit., p. 34.

⁶¹ FLORES PRADA, I., “Algunas reflexiones... op., cit., p. 28.

BÉLGICA: el país belga se alza como un referente en la materia que abordamos dentro del ámbito europeo, pues dispone de una ley reguladora de la mediación penal, una ley específica desde 1994. En el sistema instaurado en Bélgica destacan 4 tipos de mediación en función del momento procesal en el que se inicie el mismo⁶².

ii. Reflexión sobre el elenco de delitos susceptibles de ser objeto de mediación penal.

El punto de partida es el siguiente: si bien tratamos de profundizar en la regulación que debe realizarse hoy en día sobre esta cuestión, no trataré, en ningún caso, de elaborar una lista cerrada de tipos penales. Ello porque entiendo que, en el presente en el que nos encontramos, no resultaría conveniente admitir la mediación para ciertos hechos delictivos, impidiendo la misma para otros, puesto que una decisión de tal trascendencia solamente podría adoptarse desde la base de la experiencia. Es decir, en vistas a las experiencias vividas y al análisis e investigación de la figura de la mediación penal, deberá perfeccionarse cada vez más su regulación, para finalmente dar con la fórmula idónea.

Por tanto, en un primer momento, no es aconsejable elaborar una lista, un *numerus clausus* de tipos penales susceptibles de ser objeto de un proceso de mediación, sino que debe atenderse a las circunstancias del caso. Es decir, si afirmamos que uno de los principios que informan a la mediación es la voluntariedad de las partes, no debemos elaborar un elenco taxativo, incluyendo y excluyendo conductas delictivas como tal, sino establecer unos criterios básicos o criterios generales, que iré concretando a medida que avance en mi exposición.

En primer lugar, viene de antiguo el criterio de la **gravedad de los hechos**, de la conducta, como criterio a valorar a la hora de analizar si un caso resulta susceptible de ser resuelto mediante este cauce.

⁶² FLORES PRADA, I., “Algunas reflexiones... op., cit., p. 28.

Son numerosos los ordenamientos jurídicos que parten de la gravedad de los hechos. Por ejemplo, nos encontramos con ordenamientos como el de Colombia, Francia, que parten de la entidad del caso para valorar si es susceptible o no de mediación penal⁶³. Para aplicar o no el proceso de mediación se atiende a la entidad de los hechos, siendo aplicable la mediación penal únicamente para los casos que revistan una gravedad leve, menor. Siendo denegada la misma para delitos graves.

En segundo lugar, encontramos como criterio la existencia previa de un listado de delitos. Puede entenderse en negativo, una lista donde se expongan todos aquellos delitos que, en ningún caso, van a ser dirimidos mediante este tipo de proceso, o en positivo, una lista en la que se añadan aquellos delitos para los que sí se encuentra disponible la posibilidad de acudir a mediación.

Nos encontramos, por tanto, con el **criterio cualitativo**, en el que se define que es susceptible cualquier delito salvo los que expresamente así se establezcan.

Llegados a este punto, resulta relevante analizar los delitos regulados en el Código Penal vigente, analizando uno a uno si cabría o no mediación para su solución si se atendiera a un criterio cualitativo:

- Por lo que se refiere a delitos contra el **bien jurídico “vida”**, tales como el homicidio o el asesinato, no cabe recurrir a mediación, en ningún caso, puesto que no se cumple el presupuesto relativo a que sean víctima e infractor los que se sometan a mediación. Podría pensarse que representarían a la parte de la víctima los perjudicados por el delito, pero no sería razonable, a priori.
- Por lo que se refiere al **delito de aborto**, no resulta objeto susceptible de mediación penal por la especialidad que reviste este tipo de delito.
- Por lo que se refiere a los delitos de **lesiones**, en este caso resultaría de aplicación, a su vez, el criterio relativo a la entidad del caso, fijando una pena máxima para la que se acudiría a mediación. Si el delito concreto se castiga con una pena superior a la establecida, no se acudiría a este proceso, sino que se acudiría a la vía judicial ordinaria.

⁶³ URBANO CASTRILLO, E. DE, “La Justicia Restaurativa penal”... op., cit., p. 17.

- Por lo que se refiere a los **delitos relativos a la manipulación genética**, por la especialidad que reviste este tipo de delitos, no cabe recurrir a mediación.
- Adentrándonos en lo relativo a **los delitos contra la libertad**, como las detenciones ilegales y secuestros, las amenazas y las coacciones. Para las primeras no estimo conveniente la aplicación de la mediación puesto que la víctima de un secuestro no se encontraría en igualdad ante su raptor. No obstante, dependiendo de la entidad de los casos, podría dejarse al arbitrio de la víctima su aplicación o no, no excluyendo, en principio, su aplicación.
- Por lo que se refiere a **las torturas y otros delitos contra la integridad moral**, me remito a lo establecido en el caso anterior, debería estarse a la entidad de los hechos y de la voluntad de la víctima.
- Por lo que se refiere a los **delitos contra la libertad e indemnidad sexual**. A priori, descartaría toda posibilidad de aplicación de la mediación penal. Ello porque entiendo que la víctima y el agresor no se encuentran en una posición de igualdad, que es un principio esencial en toda mediación. No obstante, entiendo que, de facto, debe evitarse su aplicación, pero en virtud de cómo se desarrolle la experiencia de la mediación en el ámbito en el que nos encontramos debería valorarse, a la postre, si conviene o no su aplicación.
- Por lo que se refiere al **delito de omisión del deber de socorro**, no se encuentra obstáculo alguno para su aplicación, de hecho, afirmarí que resulta el mejor método para la resolución de este tipo de conflictos, puesto que la víctima, en la mayoría de los casos, busca el reconocimiento de los hechos por parte del infractor, resultando esto mucho más gratificante para la víctima que una medida de carácter exclusivamente patrimonial.
- Por lo que se refiere a los **delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y a la inviolabilidad del domicilio**: sí resulta conveniente su aplicación puesto que la entidad de este tipo de delitos no reviste una gran gravedad, a priori.

- Delitos **contra el honor**, englobando la calumnia y la injuria: siempre que sean de carácter leve, resulta idónea la aplicación de este proceso.

En la mayoría de las ocasiones, en este tipo de procesos, nos encontramos con que se trata de la palabra de una parte contra la de la otra, resultando complicado probar alguna de las versiones, con las consecuencias que ello conlleva a la hora de dictar la sentencia por el juez o magistrado. En estos casos, lo realmente útil y eficaz es un proceso de mediación en el que las partes traten de dirimir su conflicto, que traten de lograr un entendimiento que beneficiaría a ambos para evitar encontrarse en sede judicial por una causa que no llegará a buen puerto.

- Delitos **contra las relaciones familiares**: en los casos que se nos presentan en este tipo de delitos el ítem a tener en cuenta es que las partes son familiares. Esto es, el infractor no es un transeúnte cualquiera que roba con violencia, por ejemplo, sino que es un familiar quien causa el daño. Siendo este caso tan sensible, resulta idónea la aplicación de la mediación como método para la resolución de su conflicto, puesto que se trata de una relación que va a perdurar en el tiempo, casi de forma permanente, y que el objetivo principal es la solución del conflicto y tratar de buscar la tranquilidad de ambas partes.
- Delitos contra el **patrimonio y contra el orden socioeconómico**: en estos casos, que engloban el delito de hurto, robo, estafas, debemos entender que resulta susceptible e idónea la aplicación del proceso de mediación, ello en base a dos ideas:
 - En ocasiones, la víctima de un delito patrimonial de una entidad leve, trata de entender la razón del actuar del infractor. El objetivo de la víctima es contar con el reconocimiento, con la disculpa, con el arrepentimiento del ofensor, una reparación del daño cuanto más completa. Ello no puede lograrse mediante un proceso judicial donde la víctima no tiene papel relevante en el mismo.
 - En la mayoría de los casos los infractores no atienden a la llamada de la justicia, de ello he sido consciente a la hora de realizar las prácticas en el Juzgado de Instrucción de Salamanca, significando esto la pérdida de recursos tanto económicos como humanos en causas de esta índole.

- De los delitos contra la **Hacienda Pública y contra la Seguridad Social**: en estos casos entiendo que no resulta susceptible acudir a la vía de la mediación ya que no existe víctima individual como tal a la que se le causa el daño.
- De los delitos contra los derechos de **los trabajadores** y delitos contra los derechos de los **ciudadanos extranjeros**: dependerá de la entidad del delito y de si existe víctima individualizable.
- De los delitos relativos a la **ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente; delitos contra la seguridad colectiva; delitos contra la administración pública; delitos contra la Administración de Justicia; delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales; delitos contra la Constitución; delitos contra el orden público; de los delitos de traición y contra la paz o la independencia del Estado y relativos a la Defensa Nacional; delitos contra la Comunidad Internacional**: para todo este elenco de tipos penales, no debe resultar de aplicación el proceso de mediación en cuanto a que no existe víctima individualizada.
- Por lo que se refiere al delito **relativo a las falsedades**: cuando se trate de la falsedad de un documento privado, sí debería darse la oportunidad de dirimir el conflicto por esta vía, pero cuando intervenga el carácter público de nuevo, no debería resultar de aplicación.

De todo lo expuesto, siendo, evidentemente, un resumen de todos los tipos penales existentes y para los que, en mi opinión, cabría o no el proceso de mediación, resulta indiscutible que debe realizarse un estudio del Código penal⁶⁴, un estudio encaminado a cómo mejorar lo dispuesto en el mismo, cómo orientar la normativa penal hacia un modelo de justicia restaurativa.

Debemos tener en cuenta que el derecho penal es la última ratio, donde solamente cabe regular aquellos delitos más reprochables y más graves. No debemos perder de vista que únicamente la realidad, la práctica, la experiencia, van a mostrar si la mediación resulta o no ser un buen método para la resolución de este tipo de delitos.

⁶⁴ URBANO CASTRILLO, E. DE, “La Justicia Restaurativa penal”... op., cit., p. 11.

4. El procedimiento de mediación.

i. Fases del proceso de mediación.

Como ya hemos indicado en alguna ocasión, la mediación goza de un carácter de flexibilidad, esto es, no está sujeta a rigurosas fases y plazos que se fijan con carácter imperativo. De igual forma, pueden diferenciarse varios momentos que concurren y caracterizan a toda mediación.

A grandes rasgos, el proceder será el siguiente⁶⁵: la oficina judicial recibe el asunto en cuestión y el juez valora si resulta susceptible de ser derivado a mediación, ello previo informe del Ministerio Fiscal. Si el juez entiende que cabe mediación para dicho asunto, se lo comunica al equipo de mediación y les traslada el caso. Si el proceso de mediación llegase a buen puerto, la propuesta de solución, el acuerdo al que han llegado las partes, se traslada al juez.

Analicemos cada fase detalladamente:

1. Fase de preparación y contacto.

En esta primera fase, el juez analizará el conflicto para así determinar si cabe mediación o no, si es un mecanismo idóneo para el caso concreto. Una vez analiza el mismo, si entiende que es susceptible de mediación, lo trasladará al mediador, remitiéndole todos aquellos documentos necesarios para que conozca de forma íntegra el asunto. De igual forma, debe informarse a las partes de que su conflicto ha sido derivado a mediación y de las consecuencias que ello conlleva. Es decir, debe informarse a las partes de lo que implica un proceso de mediación, de las consecuencias que se derivan del mismo. Ello no obsta para que las partes decidan, posteriormente, que la mediación no es la vía por la que quieren dirimir el conflicto.

Una vez hecho esto, el caso pasa a ser del equipo de mediación. A partir de este momento el juzgado va a dejar de conocer y va a apartarse del mismo.

⁶⁵ URBANO CASTRILLO, E. DE, “La Justicia Restaurativa penal”... op., cit., p. 18.

Así pues, el equipo de mediación debe ponerse en contacto con las partes para tratar de conocer cuál es la disposición de las mismas acerca de ese procedimiento, y otorgando toda la información relativa a la mediación, a cuál va a ser el proceder, en qué consiste la mediación, qué consecuencias tiene, etcétera.

Se aconseja que, antes de ponerse en contacto con la víctima, el equipo de mediación debe cerciorarse de que el denunciado consiente que se lleve a cabo un proceso de mediación, verificar que su puesta a disposición es real y que acepta participar en el mismo⁶⁶.

Sería importante destacar la importancia, al menos a nivel teórico, de que el denunciado o infractor se muestre receptivo y tenga una actitud positiva frente al proceso de mediación. Ello puede ser un indicio de que también desea llegar a una solución, que desea llegar a un acuerdo con la víctima, ello podría beneficiarle, ya que podría ser traducido en una atenuante.

Decimos que se trata de una fase de contacto ya que la labor del mediador será contactar con las partes para dotarles de toda la información pertinente sobre el proceso de mediación.

2. Entrevistas individuales.

Una vez han prestado su consentimiento, las partes acuden de forma individual a una primera entrevista con el mediador. En el transcurso de este primer encuentro el mediador debe volver a informar, de una forma más completa a las partes, de forma separada, de los derechos que les asisten, de cómo se va a llevar a cabo la mediación, del alcance del acuerdo al que lleguen, etc. Entendemos que esta segunda fase trata de dar respuesta a las inquietudes⁶⁷ que les haya surgido a las partes.

El mediador debe analizar lo relatado por las partes, puesto que es de vital importancia saber y conocer cuál es el origen del conflicto, cuáles son las disidencias que provocan el conflicto.

⁶⁶ DURBÁN SICILIA, L., “Mediación, oportunidad y otras otras propuestas... op., cit., p. 49.

⁶⁷ DURBÁN SICILIA, L., , “Mediación, oportunidad y otras propuestas... op., cit., p. 50.

Junto con esta labor de análisis, el mediador debe saber cuándo desistir. Es decir, si percibe prejuicios por las partes, si percibe que, aun habiendo dado el consentimiento, las partes no están seguras o no están predispuestas realmente a colaborar, debe desistir. Se entiende que esta segunda fase finaliza con la firma de las partes, con el consentimiento formalizado de las mismas a través de un documento.

3. Fase de encuentro.

Una vez dados los consentimientos y llevado a cabo las respectivas reuniones individuales, el mediador citará a ambas partes para la realización de una sesión en la que estarán presentes tanto víctima como victimario y el mediador⁶⁸. En esta fase entran en juego una serie de técnicas relativas al espacio donde se celebra dicho encuentro dialogado, a la labor del mediador como facilitador de la comunicación...

La finalidad de los encuentros dialogados entre las partes es lograr un entendimiento, lograr que las partes se expresen de la mejor forma posible, que se liberen de todo aquello que cause el conflicto, que traten de llegar a un acuerdo, a una solución que satisfaga los intereses de ambas partes. No existe un número mínimo ni un número máximo de sesiones a celebrar, se celebrarán todas las necesarias y si llegado a un punto no se logra el fin de la mediación, el asunto debe ser retornado al juzgado.

4. Fase de finalización y acuerdo.

Tras la celebración de las sesiones que se estimen oportunas, si la mediación ha surtido su total efecto, nos encontraremos con un acuerdo de reparación. Esto es, las partes han logrado llegar a un acuerdo, a una solución, que satisface sus intereses y que ambos consideran la idónea para el asunto en cuestión.

El acuerdo, por tanto, viene a considerarse como la culminación de todo proceso de mediación. Dicho acuerdo deberá ser documentado y formalizado para, posteriormente, comunicar al juzgado que se ha llegado a un entendimiento, informando sobre lo que se establece en el acuerdo, a fin de que el juzgado ratifique el mismo, si así lo considera. Para poder ratificarlo deberá comprobar y observar que se respetan todos los derechos, que el acuerdo respete la legalidad, entre otros.

⁶⁸ URBANO CASTRILLO, E. DE, “La Justicia Restaurativa penal”... op., cit., p. 18.

5. Fase de ejecución.

El acuerdo al que han logrado llegar las partes debe ser un acuerdo que pueda ejecutarse, que pueda hacerse efectivo en la realidad. Por tanto, insistimos, debe respetar el principio de legalidad, debe satisfacer los intereses, en la medida de lo posible, de las partes que han intervenido⁶⁹.

En esta fase lo que se va a tratar de hacer es cumplir o ejecutar el acuerdo, y no solamente el acuerdo, sino del modo en el que se ha establecido en el mismo. El juez hace llamar a las partes para que comparezcan y analiza dicho acuerdo para confirmar que se cumplen todos los requisitos necesarios, y autoriza el acuerdo.

6. Fase de seguimiento.

La mediación no concluye por el mero hecho de la llegada a un acuerdo y su ejecución, sino que se debe velar por su cumplimiento mediante el seguimiento del asunto por parte del Juzgado de instrucción. Ello mediante la solicitud de los informes que estime pertinentes para verificar su cumplimiento, o su no cumplimiento.

ii. Cuestiones generales relativas al desarrollo de la mediación.

- Las partes del proceso de mediación.

a. Víctima.

Su intervención en el proceso de mediación resulta de especial trascendencia puesto que es uno de los aspectos principales que caracterizan a la justicia restaurativa. La presencia e importancia de la víctima en el sistema penal vigente es mínima, en contraposición con lo que trata de impulsarse mediante la justicia restaurativa, donde la víctima se sitúa en el centro del proceso de mediación, resultando ser el elemento nuclear del proceso.

⁶⁹ FLORES PRADA, I., “Algunas reflexiones”... op., cit., p. 33.

b. Victimario.

Analizando brevemente la figura del ofensor o agresor, debemos partir de la premisa de que resulta menos complicada la consecución a un acuerdo cuando el ofensor es primario, que no es reincidente⁷⁰. El fundamento para afirmar lo anterior radica en que el delincuente primario puede tener más facilidad a la hora de ponerse en el lugar de la víctima, de entender la posición del perjudicado. Resulta trascendente que el ofensor se encuentre dispuesto a reconocer los hechos y su participación en los mismos⁷¹, puesto que de no ser así no debe iniciarse el proceso de mediación.

Los beneficios que puede conllevar para esta parte la conformidad con la iniciación del proceso y con la posterior llegada a un acuerdo, tienen que ver con la activación de atenuantes, con la valoración positiva de su actitud, entendiendo que asume las consecuencias de sus actos y trata de solucionarlos, entendiendo a la parte perjudicada.

c. Mediador.

- Estatuto General del Mediador.

La primera cuestión a tratar radica en la inexistencia de un Estatuto jurídico-profesional de los mediadores. Su ausencia conlleva la necesidad de establecer ciertos criterios que deben concurrir en la persona que ocupe la posición de mediador en un proceso de mediación penal. Las consecuencias de la no regulación de esta cuestión pueden agravar el pensamiento de que se trata de una institución innecesaria, carente de las garantías que deben exigirse para el proceso penal, afectando a la credibilidad y calidad de la misma⁷².

⁷⁰ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, M., “Espacios para la mediación en nuestro ámbito penal. Una reflexión a partir de la experiencia belga y francesa”, *La mediación. Presente, pasado y futuro de una institución jurídica*, Netbiblo, Oleiros (La Coruña), 2010, p. 52. op., cit., p. 73.

⁷¹ URBANO CASTRILLO, E. DE, “La Justicia Restaurativa penal”... op., cit., p. 15.

⁷² MARQUES CEBOLA, C., “Estatuto jurídico-profesional del mediador”, *La mediación*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2013, p. 229.

En la Directiva 2008/52/CE ya se expone la importancia de esta cuestión, a la hora de fijar en su articulado que los Estados miembros deben promover e impulsar la elaboración de códigos de conducta, elaborando las normas deontológicas a las que deben someterse los mediadores, así como la creación de un Estatuto General de los mismos.

Son diversas y variadas las regulaciones elaboradas por los ordenamientos jurídicos de países vecinos, como es el Código Judicial belga, que exige, entre otras cuestiones, la acreditación de competencia en el ámbito en el cual se enmarca la disputa, demostrar experiencia en mediación, no tener una condena penal que resulte incompatible con el ejercicio de la labor de mediador, que su acreditación no le haya sido retirada; y una última condición que resulta peculiar, la de “*presentar garantías de respeto a los principios de imparcialidad e independencia*”⁷³. Esta última condición resulta difícil de acreditar, de comprobar.

En otros ordenamientos jurídicos se exige ser mayor de una determinada edad (Austria y Portugal), que se encuentren en posesión de algún grado universitario o tener experiencia profesional en el campo de la mediación, entre otros requisitos. Observamos, por tanto, la consagración de diversas condiciones que deben concurrir para el ejercicio de la mediación.

Haciendo una mención a la Ley 5/2012, de mediación civil y mercantil, en la misma se establece que podrán ser considerados mediadores y, por ende, pudiendo ejercer la labor propia del mismo, las personas naturales que se hallen en pleno disfrute de sus derechos civiles, siempre y cuando no se lo impida la legislación a la que se encuentren sometidos por razón de su profesión. También se exige encontrarse en posesión de un título universitario o de formación profesional superior, debiendo contar con formación específica para ejercer la mediación⁷⁴.

⁷³ MARQUES CEBOLA, C., *La mediación*. Marcial Pons... op., cit., p. 232.

⁷⁴ Publicado en «BOE» núm. 162, de 7 de julio de 2012, páginas 49224 a 49242.

El mediador se presenta como el motor de la mediación⁷⁵, en cuya órbita de actuación se van a desempeñar ciertas funciones que deben tener como base la neutralidad y la imparcialidad. El mediador debe carecer de interés, directo o indirecto, en la consecución de un resultado u otro. Esas funciones van a ser las siguientes⁷⁶:

- La escucha activa: el hecho de captar la comunicación tanto verbal como no verbal se presenta como una de las funciones más relevantes que va a desempeñar el mediador.
- Analizar las cuestiones que deben tratarse en las sesiones, conocer los hechos y las posiciones de las partes, lo que tratan de conseguir ambas mediante el proceso de mediación
- Favorecer la comunicación entre víctima y victimario, ello en aras de facilitar la consecución de un acuerdo consensuado por ambas.
- Observar y analizar la conducta de las partes, tratando de evitar cualquier tensión entre ellas.
- Entender las emociones que se encuentran en juego.

- Espacio de la mediación.

Teniendo en cuenta que existen ciertos factores que pueden favorecer la consecución de un acuerdo entre las partes, debemos hacer una especial mención al espacio en el que se realizarán las sesiones de mediación. Los detalles resultan un elemento muy significativo en este ámbito, puesto que no deja de ser el lugar donde dos personas van a intentar solucionar un conflicto. El lugar debe ser neutro y desprender tranquilidad, buenas emociones para no avivar el malestar entre las partes. Por ejemplo, el uso de mesas redondas facilita el contacto y la comunicación puesto que se encuentran en la misma posición.

⁷⁵ MARQUES CEBOLA, C., *La mediación*. Marcial Pons... op., cit., p. 229.

⁷⁶ La información aquí expuesta se extrajo de la conferencia impartida en la Universidad de Salamanca en fecha de 14 de diciembre de 2017, por Marco Antonio Manzano Palomero, con título “Cualidades fundamentales del mediador y aspectos claves para gestionar con garantías un procedimiento”.

Resulta de especial trascendencia el hecho de que el espacio habilitado para su efecto se encuentre fuera de sede judicial, para que las partes no se vean afectadas por el hecho de acudir a un Juzgado revestido de formalidades. Resulta relevante, asimismo, el uso de un espacio con un entorno tranquilo y con una buena iluminación.

- Breve referencia a la justicia del procedimiento.

Haciendo referencia de forma sucinta a la justicia del procedimiento, debemos analizar la cuestión relativa a qué es lo que buscan los ciudadanos cuando acuden a la justicia para dirimir un conflicto determinado. La respuesta a la cuestión, en palabras de la profesora y experta en psicología social Carmen Herrero, es que sean justamente tratadas⁷⁷. Es decir, socialmente se entiende que la respuesta a la pregunta es, simplemente, la de obtener un resultado que les beneficie, no obstante, no tenemos en cuenta la influencia que tiene la justicia del procedimiento empleado hasta llegar a ese resultado beneficioso.

Por lo general, los ciudadanos no se encuentran satisfechos al acudir a la justicia, ello porque no se tienen en cuenta sus necesidades o, incluso, sus sentimientos. A través de la mediación se fomentan estos factores que pueden guiarnos hacia una justicia más efectiva y más real a la vista de los ciudadanos.

Cerrando esta mención a la justicia del procedimiento, no debemos perder de vista que cuando las partes que acuden a la justicia se sienten tratadas de una forma justa valoran los resultados como más justos.

⁷⁷ Comunicación directa.

5. Argumentos a favor y en contra del proceso de mediación penal.

Del análisis de cuestiones como el ámbito objetivo de la mediación penal y de los principios de la misma, se desprende que ni todo delito es susceptible de ser dirimido por esta vía, ni conviene que así sea⁷⁸.

Teniendo esto en cuenta, debemos adentrarnos en los argumentos que encontramos a favor de la mediación penal, entre los que debemos citar los siguientes:

Por un lado, mediante la mediación se trata de alcanzar un acuerdo pacífico, un acuerdo consensuado, donde ambas partes se encuentran satisfechas por su consecución, por tanto, se alza como un proceso que impulsa la paz social y la solución pacífica de los conflictos inherentes a la vida en sociedad.

Por otro lado, resulta indiscutible que nos encontramos ante una vía que vela por la confianza de los ciudadanos en el sistema judicial, puesto que les hace protagonistas, centrándose el proceso en las partes y siendo ellas las que alcanzan una solución.

Por razones de economía procesal, la mediación penal comporta un elemento de eficiencia puesto que su incorporación en el ordenamiento jurídico no implica gran inversión económica, y agilizaría la tramitación de casos de gran entidad que requieren más tiempo y más implicación por parte de los juzgadores. Así pues, se muestra como una vía con la que se descongestiona el sistema judicial.

Por lo que se refiere a los argumentos en contra, nos encontramos con que la mediación debe coexistir con el principio de presunción de inocencia, tratándose de un principio fundamental que informa al ámbito del derecho penal. Dicha coexistencia no resulta siempre pacífica, siendo ello un factor negativo.

Otro argumento que puede ir en contra de lo que aporta la mediación es el hecho de que diversos autores, e incluso los ciudadanos, entiendan que los autores de ciertos hechos delictivos resultan impunes al no haber sido impuesta la pena por un juez.

⁷⁸ BARONA VILAR, S., “Mediación penal. Integración de la mediación en la justicia penal. Supuestos especiales”, *La mediación: algunas cuestiones de actualidad*, (monografías 975), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 275.

También resulta un lastre para la aplicación de la mediación penal el desconocimiento de la existencia de esta vía de resolución de conflictos, afectando de igual manera la poca actitud activa del legislador para su conocimiento y difusión.

6. Reflexiones finales.

En el transcurso de mi investigación he constatado varias realidades que me gustaría mencionar a modo de reflexión final.

La primera realidad es que desde el panorama internacional esta medida lleva tiempo siendo impulsada y difundida. Desconocía este hecho y ello ha generado que sea consciente de la importancia que tienen los métodos alternativos de resolución de conflictos y de los beneficios que implicaría un cambio de paradigma en este sentido.

La segunda realidad tiene que ver con la falta de interés del legislador a la hora de regular esta figura, pues no encontramos una normativa que la gestione, lo cual supone un lastre para la misma.

La tercera realidad que he constatado es que, a pesar de que existen numerosos argumentos que juegan en contra de la mediación, existen otros muchos argumentos que la apoyan y que no deben obviarse.

Finalmente, en mi más estricta opinión y a la luz de la investigación que he realizado, creo que la mediación penal es una alternativa totalmente válida, una institución que tiene cabida en nuestro ordenamiento jurídico si se regula de forma adecuada, respetando los principios que la informan y, sobre todo, formando del modo más completo a los mediadores que, como bien apuntaba en líneas anteriores, son el motor de la mediación.

Se trata de una figura complementaria que puede socorrer al sistema judicial penal vigente que se encuentra en crisis, que demanda una reforma que no puede tardar en llegar, puesto que estamos hablando de uno de los tres poderes del estado, siendo fundamental su buen funcionamiento.

Por tanto, debo insistir en que la existencia de métodos alternativos para la resolución de los conflictos son una realidad a la que debe adaptarse el sistema judicial español, para así mejorarlo y velar por una justicia efectiva.

7. Bibliografía.

ALHAMBRA PÉREZ, P., “El juez ante la mediación penal”. *La mediación. Presente, pasado y futuro de una institución jurídica*, Netbiblo, Oleiros (La Coruña), 2010.

BARONA VILAR, S., “Mediación penal. Integración de la mediación en la justicia penal. Supuestos especiales”, *La mediación: algunas cuestiones de actualidad*, (monografías 975), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

BUTRÓN BALIÑA, P., “La mediación penal”, *Los retos del Poder Judicial ante la sociedad globalizada. Actas del IV Congreso Gallego de Derecho Procesal (I Internacional)*, A Coruña, 2011, Agustín Jesús Pérez-Cruz Martín (dir.), Xulio Ferreiro Baamonde (dir), Universidade, A Coruña, 2012.

CANO SOLER, M. A. *La mediación penal*. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015.

CUADRADO SALINAS, C. “La mediación: ¿una alternativa real al proceso penal?”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* “La mediación: ¿Una alternativa real al proceso penal?” *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* núm. 17-01, 2015.

DURBÁN SICILIA, L., “Mediación, oportunidad y otras propuestas para optimizar la instrucción penal”, *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, 2010.

EGLASH, A., *Beyond Restitution: Creative Restitution*. Ed. Lexinton Books, United States of America, 1977.

FLORES PRADA, I., “Algunas reflexiones sobre la justicia restaurativa en el sistema español de justicia penal”. *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje* (2º), 2015.

FREIRE PÉREZ, R.M., “*La mediación penal: contextos normativos e institucionales.*”, *Cuadernos Digitales de Formación*, 45 – 2015 (CGPJ).

GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, G., “Víctima y mediación penal”. *Anales de Derecho*, 2008.

GUILLERMO PORTELA, J. “Características de la mediación”, *Mediación y solución de conflictos: Habilidades para una necesidad emergente*. Tecnos, Madrid, 2007.

MARQUES CEBOLA, C., *La mediación*. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2013.

MÁRQUEZ CÁRDENAS, Á. “La justicia restaurativa versus la justicia retributiva en el contexto del sistema procesal de tendencia acusatoria”. *Prolegómenos. Derechos y Valores*, 2007.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, M., “Espacios para la mediación en nuestro ámbito penal. Una reflexión a partir de la experiencia belga y francesa”, *La mediación. Presente, pasado y futuro de una institución jurídica*, Netbiblo, Oleiros (La Coruña), 2010.

MEJIAS GÓMEZ, J. F. *La mediación como forma de tutela judicial efectiva*. El Derecho y Quantor, Madrid, 2010.

MORAL GARCÍA, A. DEL, “La mediación en el proceso penal. Fundamentos, problemas, experiencias”. *La mediación. Presente, pasado y futuro de una institución jurídica*, Netbiblo, Oleiros (La Coruña), 2010.

RÍOS MARTÍN, J.C., PASCUAL RODRÍGUEZ, E., SEGOVIA BERNABÉ, J.L., ETXEBARRIA ZARRABEITIA, X., BIBIANO GUILLÉN, A., LOZANO ESPINA, F., *La mediación penal y penitenciaria: Experiencias de diálogo en el sistema penal para la reducción de la violencia y el sufrimiento humano*, Colex, Majadahonda, 2012.

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, G., “Principios básicos de la mediación y resolución alternativa de conflictos penales”, *Revista Crítica Penal y Poder n°1*, 2011.

RODRÍGUEZ GARCÍA, N., “Presente y futuro de la mediación penal”, *Cuestiones actuales de derecho procesal. Reformas procesales. Mediación y arbitraje*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

SÁEZ RODRÍGUEZ, M.C. *Publicaciones del Poder Judicial en el ámbito de la “Mediación Penal”*.

URBANO CASTRILLO, E. DE, “La Justicia Restaurativa penal”, *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, 2010.

WEBGRAFÍA

Página web del Departamento de Administración Pública y Justicia de Euskadi:
[http://www.jusap.ejgv.euskadi.eus/r47-
edukia/es/contenidos/informacion/mediacion_penal/es_smp/mediacion_penal.html](http://www.jusap.ejgv.euskadi.eus/r47-
edukia/es/contenidos/informacion/mediacion_penal/es_smp/mediacion_penal.html)

Página web del Poder judicial:
[http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Organos-judiciales-que-ofrecen-
mediacion/Mediacion-Penal/](http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Organos-judiciales-que-ofrecen-
mediacion/Mediacion-Penal/)

Wolters Kluwer:

[http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAA
AEAMtMSbF1jTAAAkNDMwsTc7WY1KLizPw8WYMDQzNDQyMLkEBmWqVLfnJIZU
GqbVpiTnEqANn8UzUIAAAAWKE](http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAA
AEAMtMSbF1jTAAAkNDMwsTc7WY1KLizPw8WYMDQzNDQyMLkEBmWqVLfnJIZU
GqbVpiTnEqANn8UzUIAAAAWKE)

LEGISLACIÓN

Declaración realizada por la ONU de 29 de noviembre de 1985 sobre principios básicos de la justicia para víctimas de delitos y de abuso de poder.

Resolución 2002/12, del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas, de 24 de julio.

Diretrizes de Naciones Unidas para una mediación eficaz (A/66/811, 25 de junio de 2012).

Recomendación (99) 19, de 15 de septiembre, sobre mediación en el ámbito penal.

Decisión Marco (2001/220/JAI), del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo de 2001, relativa al Estatuto de la Víctima en el Proceso Penal.

Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012.

Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado.

Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito.