



Universidad de Valladolid

TRABAJO FIN DE MÁSTER

CURSO 2016/2017

LA MEDIACIÓN PENAL

Máster en Mediación y Resolución Extrajudicial de Conflictos
Facultad de Ciencias Sociales, Jurídicas y de la Comunicación.
Universidad de Valladolid. Campus María Zambrano, Segovia.

Alumno: Gonzalo Nicolás Pérez Bayón

Tutor: Antonio María Javato Martín

Julio 2017

RESUMEN:

La Justicia Restaurativa es un modo pacífico de resolución de conflictos más apropiado para nuestra sociedad que la Justicia Retributiva. Por lo tanto, con su inclusión en nuestro Derecho Penal se consigue humanizar, agilizar y abaratar entre otros beneficios la justicia.

Mediante su instrumento más óptimo, la mediación penal, consigue beneficiar a todas las partes; a la víctima mediante su protección frente a la victimización secundaria, empoderándola y otorgándole voz para decidir sobre su propio proceso consiguiendo una mejor reparación, al delincuente por facilitar su resocialización y confiriéndole la oportunidad de disculparse y de reparar el daño tanto económico como moral y a la sociedad en su conjunto por restablecer la paz social siendo también reparada de las consecuencias negativas del hecho delictivo.

Todo ello se consigue gracias a un mediador que trabaja para que víctima y victimario lleguen a un acuerdo óptimo para los dos a través del diálogo y de la empatía y que al igual que en el proceso penal tradicional, se respetan íntegramente los derechos de ambas partes.

PALABRAS CLAVE:

Víctima, Mediación Penal, Justicia Restaurativa, Reparación, Victimario.

ABSTRACT:

Restorative Justice is a peaceful way of solving conflicts, being more appropriate to our society than Retributive Justice. Therefore, its inclusion in our Criminal Law allows to humanize, speed up and reduce the cost, among other benefits, of justice.

Through its most optimal instrument, criminal mediation, all parties get benefits. The victim is protected against secondary victimization, empowering him and giving him voice to decide on his own process, obtaining a better reparation. The re-socialization of the delinquent is eased, giving him the chance to apologize and to repair both economic and moral damage. Last but not least, the society as a whole can reestablish social peace while also being repaired of the negative consequences of the crime.

This is achieved thanks to a mediator, who works for victims and delinquents, in order to reach an optimal agreement for both parts through dialogue and empathy. It must be said that as in the traditional criminal process, the rights of both parties are fully respected.

KEYWORDS:

Victim, Criminal Mediation, Restorative Justice, Reparation, Victimary.

Índice

1.- INTRODUCCIÓN	8
2.- LA JUSTICIA RESTAURATIVA	10
2.1.- NACIMIENTO Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA	10
2.2.- POSICIÓN CENTRAL DE LA VÍCTIMA EN LA JUSTICIA RESTAURATIVA.....	13
2.3.- LAS ADR	14
2.4.- CONCEPTO DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA	15
2.5.- COMETIDOS DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA	17
2.6.- RAZONES DE LA CONSOLIDACIÓN DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA	21
2.7.- CRÍTICAS A LA JUSTICIA RESTAURATIVA.....	23
2.8.- INSTRUMENTOS DE LA JUSTICIA RESTURATIVA	24
2.8.1.- Conferencias de Grupos Familiares (Conferencias de familia, conferencias restaurativas o grupos de comunidad).....	24
2.8.2.- Círculos de Discusión o Sentencia (Tratados de paz o Círculos de Sentencia)	24
2.8.3.- Medición Víctima-Ofensor	25
3.- LA MEDIACIÓN PENAL.....	27
3.1.- DEFINICIÓN	27
3.2.- NOTAS QUE CARACTERIZAN A LA MEDIACIÓN.....	29
3.2.1- Modalidad de tutela del ciudadano	29
3.2.2.- Libertad o voluntad de las partes de sometimiento a la misma	30
3.2.3.- Es un Procedimiento, no un proceso.....	30
3.2.4.- Intervención tripartita de sujetos.....	30
3.3.- PRINCIPIOS DE LA MEDIACIÓN PENAL	31
3.3.1.- Principio de libertad o voluntariedad de las partes	31

3.3.2.- Principio de presunción de inocencia	31
3.3.3.- Principio de complementariedad.....	32
3.3.4.- Principio de proporcionalidad procesal y penal.....	32
3.3.5.- Principio de confidencialidad	33
3.3.6.- Principio de gratuidad	34
3.3.7.- Principio de oficialidad	34
3.3.8.- Principio de flexibilidad.....	34
3.3.9.- Principio de dualidad de posiciones, igualdad y contradicción	35
3.3.10.- Principio de disponibilidad	36
3.4.- CHOQUE CON EL DERECHO PENAL. LA NO ALTERACIÓN DE LA GARANTÍA JURISDICCIONAL EN LA APLICACIÓN DEL DERECHO PENAL	36
3.5.- SUJETOS INTERVINIENTES EN LA MEDIACIÓN PENAL	38
3.5.1.- Juez	38
3.5.2.- El Fiscal	38
3.5.3.- Abogados	39
3.6.- TIPOS DE MEDIACIÓN PENAL.....	39
3.6.1.- Menores.....	40
3.6.2.- Adultos.....	44
3.6.3.- Penitenciaria.....	47
3.7.- PRAXIS. IMPULSO DE LA VÍCTIMA Y DE LA MEDIACIÓN PENAL DESDE INSTANCIAS SUPRANACIONALES	48
3.8.- PRAXIS EN ESPAÑA	54
3.8.1.- Consejo General del Poder Judicial	55
3.8.2.- La Fiscalía.....	57
3.8.3.- Comunidades Autónomas	58
3.9.- LOS EFECTOS JURÍDICOS DE LA MEDIACIÓN PENAL SEGÚN LA FASE	

DEL PROCESO PENAL.....	65
3.9.1.- Fase de Instrucción	66
3.9.2.- Fase posterior a la sentencia y previa a la ejecución	68
3.9.3.- Fase de ejecución	70
4.- CONCLUSIONES Y REFLEXIÓN FINAL	72
5.- BIBLIOGRAFIA.....	77

1.- INTRODUCCIÓN

La finalidad de la Administración de Justicia es la convivencia pacífica de la sociedad y para ello deben existir un respeto y confianza hacia ella. Para conseguir estos requisitos deben actuar de forma rápida, con medios adecuados y solucionando el conflicto satisfactoriamente.

En el caso de nuestro tema no es eficaz por no usar los medios existentes para conseguir mejores resultados, por lo que no contribuye al progreso de la paz social. A mayores sumamos la gran litigiosidad y expansión del Derecho Penal a muchos ámbitos que no tendrían por qué ser judicializados y unos recursos insuficientes.

La justicia penal¹ es lenta, costosa, impersonal... tanto con la víctima ya que la aparta del proceso del que es protagonista, como del infractor, del cual no satisface sus expectativas.

Esto obliga a buscar alternativas para paliar estos acusados déficits, por lo que se pretende acudir a la Justicia Restaurativa que posteriormente será tratada, como marco para humanizar la justicia. Como herramienta suya es planteada la Mediación Penal como un mecanismo integrado en la justicia penal para solventar pacíficamente el conflicto entre víctima y victimario causado por una infracción penal mediante un dialogo respetuoso e igualitario entre ambos, alejándose de la impersonal justicia tradicional y rompiendo su rigidez en pos de la flexibilidad necesaria para adaptarse a las circunstancias del caso concreto.

Este trabajo tiene como finalidad. primero poner de manifiesto los problemas e inconvenientes tanto éticos o “justos” como prácticos de la Justicia penal actual en nuestro país, basada sobre todo en una excesiva judicialización y punibilidad excesiva y el olvido sistemático de la víctima en el proceso del que debería ser protagonista.

¹ Existe desconfianza hacia la Admón. de Justicia por ser lenta (400 días para una primera instancia de un contencioso), costosa, rígida, independencia cuestionada, poco eficiente... como se refleja en el UE Justice Scoreboard y en el informe WEF.

Una vez determinado el punto de salida obsoleto de la justicia tradicional, proponer un modelo de justicia más humanitario y participativo, como es la Justicia Restaurativa.

Un instrumento de esta corriente de justicia y de vida, basada en el dialogo, empatía, construcción y evolución de una sociedad más justa es la mediación penal.

Hasta hace poco no ha existido regulación legal con carácter general en la norma procesal penal, salvo para prohibirla (en delitos de violencia de género) o circunscrita al ámbito de menores. Pese a la anomia imperante, se han llevado a cabo numerosas experiencias piloto por la colaboración entre instituciones y asociaciones.

El cambio de paradigma legislativo ha venido impulsado desde instituciones supranacionales, instando a España a desarrollar la justicia restaurativa y la mediación penal, mediante una Directiva y posteriormente una Decisión marco, que veremos *infra*.

En cuanto a la estructura del trabajo, constará de un apartado llamado introducción, que contendrá aspectos iniciales tales como la importancia del tema, el objeto del trabajo, y su propia estructura.

Posteriormente aparecerá el cuerpo del trabajo, que a su vez se dividirá en una inicial visión de conjunto de la justicia restaurativa, que incluye su nacimiento y evolución, en qué consiste y otras formas de resolución alternativa de conflictos, sus cometidos la razón de su asentamiento, que defectos posee y por último mediante que instrumentos es posible desarrollarla.

A continuación, como modalidad de la justicia restaurativa, toca hablar de la mediación penal. Por ello comenzaremos definiéndola y naturalizando su contenido para comentar uno por uno los principios que la rigen y su relación con las garantías del Derecho Penal. Seguiremos con los sujetos intervinientes, los tipos de relación según el victimario (por edad o por si está condenado o no), los impulsos europeos a la mediación y la práctica en nuestro país y las consecuencias jurídicas que provoca según la fase de enjuiciamiento en la que se produzca.

A modo de síntesis, se señalarán una serie de conclusiones sobre el tema tratado y se finalizará con los recursos bibliográficos.

2.- LA JUSTICIA RESTAURATIVA

2.1.- NACIMIENTO Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA

La Justicia Restaurativa siempre ha existido (de hecho sigue en práctica en comunidades indígenas ² de Nueva Zelanda, Canadá y Australia, así como en grupos marginados de EEUU), pero en nuestra cultura se fue difuminando con la aparición y evolución de los Estados.

El Derecho Penal no aparece de manera instantánea sino fruto de una lenta evolución desde la Ley del Talión, la cual ha seguido marcando en ocasiones las pautas de la política criminal contrarrestándose con diversos movimientos que buscaban los derechos de los ciudadanos, no ya solo los imputados y dando voz a la gran olvidada, la víctima.

En este encuadre aparece la *restorative justice* con una visión potenciadora de la víctima, resocialización y eficiencia del sistema. Pese a esto, en España, no se establece y carece de regulación, por lo que solo vive en aquellos proyectos piloto que la ponen en marcha.

En el siglo X, los ofensores compensaban a las víctimas sin que los señores feudales tuviesen ningún instrumento para intervenir. Esta compensación directa se anuló en el siglo XII-XII al introducirse la ley real y comenzar los jueces a ser nombrados por el monarca para la tutela de la justicia, adueñándose del *ius puniendi*, aunque perduraba la venganza privada. ³

Nótese como influyó la religión y moral cristiana en todos los ordenamientos jurídicos, así el delito (pecado) exigía una consecuencia (castigo), inspirando la función retributiva de la pena y cogiendo fuerza.

En el siglo XVII, con la secularización del derecho por la Ilustración va perdiendo fuerza la vinculación de la religión y los autos de fe con el derecho. También debemos

² BARONA VILAR, S. *Mediación penal; fundamento, fines y régimen jurídica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 120-121

³ BARONA VILAR, S. *Mediación penal...*, op., cit., p. 237-243

destacar la influencia de MONTESQUIEU y BECCARIA en los penalistas de la época, entendiendo la idea de pacto social para explicar el castigo por hechos reprochables, de manera que la sociedad decide cuando y como deben reprocharse, renunciando los ciudadanos a parte de su libertad.

La Revolución francesa limitó la acción estatal frente a la sociedad, asegurando las garantías formales. Aquí la pena cumple una función preventiva amén de retributiva por la acción realizada.

El siglo pasado viene marcado por un posicionamiento muy fuerte de más que la pura retribución, la protección de la sociedad frente a posibles futuras afrentas, asumiendo el estado el *ius puniendi* porque no son afrentas personales sino sociales. Así se aprueba la Constitución de 1978 con derecho público de estado, que trata de evitar la lesividad social con el ejercicio de la función preventiva y dando esto mismo la explicación a la pena.

En resumen, el paso del retribucionismo al prevencionismo va en relación a encontrar una respuesta equilibrada y menos violenta a los dos vectores del delito: el hecho y la venganza privada, además de cumplir con la pacificación social.

La Justicia Restaurativa tiene ciertas raíces en la naturaleza religiosa, así por ejemplo proclamaba CONFUCIO que la “resolución óptima de una disputa se lograba por la persuasión moral y el acuerdo más que por la coerción”. Así en el Viejo Testamento los ancianos solucionaban los conflictos y en el Nuevo Testamento los apóstoles apostaban por resolverlos dentro de la congregación en lugar de acudir a los tribunales. Junto con esa ideología pacifista, también se observa filosofía abolicionista o minimalista del Derecho Penal y el movimiento hippie en el marco de los sesenta-setenta, con sus ideas antisistema, libertad, paz, colectividad...⁴

La justicia restauradora surgió en realidad como resultado de la suma de programas experimentales, sobretudo relacionados con la delincuencia juvenil o cuando los

⁴ BARONA VILAR, S. *Mediación penal...*, op., cit., p. 120-122

conflictos pudiesen implicar a la comunidad, tratando de solucionar las limitaciones de la justicia penal, donde pretendían valorar los conceptos reparadores.⁵

El mayor auge de estas manifestaciones se dio en los países del *common law*. A finales de los setenta en EEUU se propulsó y no han parado de expandirse desde entonces, destacando ciertas comunidades que ya participaban de sus principios en su planteamiento religioso de vida, como fueron los menonitas, quienes consideraban mejor resolver colectivamente los comportamientos anti grupo para responder desde la comunidad que someterse a un poder ajeno y que no otorgaban legitimidad. El primer programa desplegado en EEUU fue en Elkhart, Indiana en 1978 y antes de esto, en Australia, Canadá y Nueva Zelanda, fueron configurándose los *conferencing* o *circles*, en los que se pretendía aunar prácticas aborígenes con la solución del conflicto, en el que más allá de la víctima y el autor, interviniese la comunidad⁶

Experiencias de justicia restaurativa habían sido ya iniciadas en años anteriores al amparo de las ADR en las décadas de los años sesenta o setenta para el ámbito civil en Estados Unidos gracias al contexto de crisis social e institucional existente y debido a la saturación del sistema judicial por su carácter demasiado litigioso de su población. En el ámbito penal su desarrollo tuvo lugar inicialmente en el contexto de la justicia juvenil en respuesta a delitos de escasa gravedad. Suele citarse como uno de los primeros antecedentes un caso de vandalismo juvenil en 1974 en la ciudad de Elmira (Ontario, Canadá) en el que el juez admite la sugerencia propuesta por parte de del oficial responsable de la libertad vigilada de los dos jóvenes infractores de llegar a un acuerdo de negociación y compensación por los daños causados, dando además lugar al primer programa de Victim Offender Reconciliation (VORP)⁷.

⁵ BARONA VILAR, S. *Mediación penal...*, op., cit., p. 123-124

⁶ BARONA VILAR, S. *Mediación penal...*, op., cit., p. 123

⁷ JIMENO BULNES, M., “¿Mediación penal y/o justicia restaurativa? Una perspectiva europea y española”, *Diario La Ley*, 2015, p. 3.

2.2.- POSICIÓN CENTRAL DE LA VÍCTIMA EN LA JUSTICIA RESTAURATIVA

Históricamente, la división entre el proceso civil y penal dotó de mayor importancia al interés público sobre el individual, yendo cada vez a más, hasta que adentrado el s. XX, se introduce la reparación como ventaja procesal para el delincuente aunque era una posibilidad más teórica que real.⁸

La víctima solía ser la gran olvidada del sistema penal⁹, donde las garantías iban dirigidas al delincuente, dejando en un segundo plano a la víctima.

Ya en los años setenta¹⁰ se inicia el movimiento cuyo fin era el “redescubrimiento” de la víctima, empezando en los países anglosajones y extendiéndose paulatinamente por Europa¹¹.

Se fue configurando el sistema penal sustituyendo a la venganza privada con la creación de “protoestados”. Al inicio, la víctima tenía una posición privilegiada ya que debía intervenir para que el Estado pudiera garantizar el cumplimiento de las leyes penales. En el Medievo, las ofensas se solucionaban con un tercero que decidía y controlaba el cumplimiento de las penas, habiendo así mismo un tercero llamado fiscal que recogía parte de los pagos que correspondían al señor feudal, y fue ahí donde

⁸ BARONA VILAR, S. *Mediación penal...*, op., cit., p. 119

⁹ Según la explicación psicoanalítica, debido a que la sociedad se identifica con lo prohibido y se preocupa de quien teme, la víctima sería la perdedora que generaría rechazo.

¹⁰ Se celebra el primer simposio de Victimología (1973), donde participaron grandes pensadores como VON HENTIG, MENDELSON, WOLFANG, ELLENBERGER.... Se estableció el estudio científico de las víctimas, con especial atención a las víctimas del delito. Hay algunos victimólogos que defienden que no debemos dedicarnos solo a las víctimas puras de los delitos sino también a sus allegados, introduciendo así el término de víctima secundaria. Gracias a esta idea cobra más sentido la participación de éstas en algunas técnicas de Justicia Restaurativa.

¹¹ BARONA VILAR, S. *Mediación penal...*, op., cit., p. 94

empezó la concepción de crímenes contra el Estado y responsabilidad hacia éste. Poco a poco fue asumiendo el Estado el monopolio de la justicia y se fue consolidando la acción pública, ejerciendo un control directo.¹²

Por lo tanto, si los delitos se cometen contra el Estado y sociedad, son éstos los que deben reaccionar ante él, aunque haya personas afectadas directamente por el hecho. Con el paso del tiempo, la víctima tuvo dependiendo de los sistemas, mayor o menor grado de participación, habiendo así algunos delitos en los que sólo son perseguibles si denuncia, aunque la continuación procesal es pública, por lo que sigue existiendo cierto monopolio estatal.¹³

Para la pretensión civil (restitución, reparación o indemnización), sí es la única legitimada para ejercerla. Por el contrario, respecto al caso penal, habría que matizar que la Constitución Española con el derecho a la tutela judicial efectiva se refiere al derecho a poner en marcha el proceso y el Estado será el que tomará la decisión final, no existe un derecho a la condena, pero en otros casos si tiene cierto poder de ejercicio sobre el *ius puniendi* al poder renunciar a la persecución de ciertos delitos o de otorgar su perdón.¹⁴

2.3.- LAS ADR

Es común encontrar como términos equivalentes la mediación penal y la justicia restaurativa (acreedora también de otras denominaciones como justicia reparadora y/o restauradora).

Ambas parten de una preocupación común, la protección de la víctima en el sistema penal a la vez que proponer una alternativa al proceso y jurisdicción penal, abogando por su recuperación como figura y eje (junto al imputado) hasta tal punto de llegar a hablar del empoderamiento de la víctima, evitar la conocida como victimización secundaria (la sufrida por las víctimas durante el proceso penal y que se muestra igual

¹² BARONA VILAR, S. *Mediación penal...*, op., cit., p. 98-99

¹³ BARONA VILAR, S. *Mediación penal...*, op., cit., p. 99

¹⁴ BARONA VILAR, S. *Mediación penal...*, op., cit., p. 101-102

de perniciosa que la victimización primaria)¹⁵. De una forma gráfica se ha dicho que “la víctima no puede ser ya la cenicienta del sistema penal”¹⁶.

Los ADR (*Alternative dispute resolution*) o en español RAC (Resolución Alternativa de Conflictos) y la Justicia Restaurativa no son sinónimos y así, entre otras diferencias, CID MOLINÉ¹⁷ las diferencia en cuanto al resultado buscado, siendo en el primero una solución pactada en la primera y una solución justa que restaure a la víctima y comunidad por el daño del delito en la segunda.

En realidad la Justicia Restaurativa pertenece a un ámbito más amplio que las ADR ya que ésta posee mecanismos sin carácter restaurativo aunque coincidan en aspectos como la informalidad o el carácter extrajudicial.¹⁸ Algunos de los ADR más famosos son el arbitraje, mediación y conciliación.

Así pues, al ser considerada una filosofía de vida como defiende BRAITHWAITE¹⁹, necesitamos un cambio de mentalidad en todos los agentes intervinientes en el proceso de la administración de justicia y en la ciudadanía en general.²⁰.

2.4.- CONCEPTO DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA

El término anglosajón “Restorative Justice”, fue acuñado originalmente en los años 50 por el psicólogo americano ALBERT EGLASH. En su obra “*Más allá de la restitución: restitución creativa*” de 1977 manifestaba que dos de los mayores errores del sistema de justicia eran negar a la víctima participación activa en el proceso penal y simplificar la

¹⁵ JIMENO BULNES, M., “¿Mediación penal y/o justicia ... op., cit, p. 2.

¹⁶ ARRONA PALACIOS, A. “La influencia de la victimología en la justicia restaurativa y los programas de mediación”, *Quadernos de Criminología: Revista de Criminología y Ciencias Forenses*, 2012, núm. 16, p 6.

¹⁷ CID MOLINÉ, J., “*Medios alternativos de solución de conflictos y Derecho Penal*”, *Revista de Estudios de la Justicia*, nº 11, 2009, p.123

¹⁸ CANO SOLER, M^a A., *La mediación penal*, Aranzadi, Pamplona, 2015, p. 37-38

¹⁹ BARONA VILAR, S. *Mediación penal...*, op., cit., p. 118

²⁰ CANO SOLER, M^a A., *La mediación...*, op., cit., p. 41

participación del autor del hecho delictivo requiriéndole una mera participación pasiva.²¹

Es definida por ZEHR, por algunos considerado el padre o incluso el abuelo de la Justicia Restaurativa como “*un proceso a través del cual el infractor, con remordimiento por su conducta, acepta su responsabilidad hacia quien ha dañado y hacia la comunidad, que en respuesta a ello permite la reintegración del ofensor a la comunidad*”.²²

En palabras de uno de los mayores estudiosos en este campo en el Derecho español, como es TAMARIT SUMALLA, “*conjunto de prácticas que responden a unos principios comunes, entre los que destacan las ideas de restauración de las relaciones sociales, pacificación, reparación y respuesta no punitiva al conflicto*”²³

Al ser un paradigma reciente, no hay una definición consensuada y cada autor matiza o añade y focaliza ciertos aspectos para dar la suya propia. Es más, como señala DOOLING, mientras algunos la definen destacando el característico procedimiento utilizado, otros ponen el énfasis en el resultado obtenido.²⁴

VAN NESS la define como “*una teoría de la Justicia que pone el énfasis en la reparación del daño causado por una conducta ilícita y que se materializa mediante un proceso reparador*”²⁵.

²¹ EGLASH, A., *Beyond Restitution: Creative Restitution*. Lexinton Books, EEUU, 1977.

²² CANO SOLER, M^a A., *La mediación...*, op., cit., p. 38

²³ TAMARIT SUMALLA, J.P. “El necesario impulso de la justicia restaurativa tras la Directiva europea de 2012”, *Ars iurs salmanticensis*, 2013, vol.1, p. 139.

²⁴ DOOLIN, K., “*But What Does It Mean? Seeking Definitional Clarity in Restorative Justice*”, *Journal of Criminal Law*, vol. 71, 2006-2007, p. 427.

²⁵ VAN NESS, D.W., “*An Overview of Restorative Justice Around the World*”, *Report Enhancing Justice Reform, Including Restorative Justice*, de 22 abril de 2005 incluido en el XI Congreso de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Justicia penal

Así BELLOSO MARTÍN²⁶ amplía el espectro de las partes implicadas (víctima, infractor y comunidad primaria o secundaria), recalca que el medio a seguir es el dialogo/consenso con la inclusión de un/unos facilitadores capacitados y por último y a mi modo de ver más importante añade el fin, que no es otro que la reparación de los daños y reintegración a las partes.

Otros autores como RÍOS MARTÍN²⁷ la entienden en un sentido más amplio, como *“filosofía de vida y el método de resolver los conflictos que atienden prioritariamente a la protección de la víctima y al restablecimiento de la paz social, mediante el dialogo comunitario y el encuentro personal entre los directamente afectados, con el objetivo de satisfacer de modo efectivo las necesidades puestas de manifiesto por los mismos, devolviéndoles una parte significativa de la disponibilidad sobre el proceso y sus eventuales soluciones, procurando la responsabilización del infractor y la reparación de las heridas personales y sociales provocadas por el delito”*.

Y a modo de resumen y por citar una resolución normativa, destacaremos la dada por la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo²⁸ y del Consejo de 25 de Octubre de 2012 (en la que se establecen las normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos y sustituye la Decisión Marco 2001/200/JAI del Consejo), en la que en su art 2.1-d la define como *“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”*.

2.5.- COMETIDOS DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA

Se encarga ante la incapacidad del sistema actual, de la rehabilitación y resocialización del infractor por un lado y del resurgimiento de los derechos y garantías de la víctima,

²⁶ BELLOSO MARTÍN, N., “Mediación penal ¿beneficios reales o potenciales?”, p. 23. *Criminología y Justicia*, titulada *Una mirada hacia la Justicia Restaurativa. Recuperando el derecho perdido*, nº 4 Marzo 2012, p 21-34

²⁷ RÍOS MARTÍN, J.C., *Justicia Restaurativa y Mediación Penal. Una apuesta por el dialogo y la disminución de la violencia*, p.3-4. Disponible en www.poderjudicial.es

²⁸ Extraído de <https://www.boe.es/doue/2012/315/L00057-00073.pdf>

poniendo su herramienta, la mediación, mayor énfasis en la segunda cuestión. Citando a CRISTÓBAL FÁBREGA Y RAMÓN SÁEZ ²⁹ “*Un Derecho Penal que se ocupe solo de la represalia por el hecho y de la resocialización del delincuente, sin tomar en cuenta a la víctima, será un Derecho Penal inútil, injusto e ilógico*”.

Así, un Derecho Penal que vuelva a dar el protagonismo a la víctima redundará en un beneficio global en la sociedad, insuflando confianza en la Administración de Justicia haciendo que se reduzca la cifra negra, que son delitos cometidos pero que no aparecen en las estadísticas por su no denuncia (y por tanto a estos efectos las víctimas son invisibles).³⁰

Una de las propuestas que más repercusión han tenido ha sido la de ROXIN, quien entiende la reparación no como una pena aflictiva sino como un fin en sí mismo para resarcir a la víctima y puesto que es voluntaria le atribuye efectos resocializadores al enfrentarse al hecho que ha cometido el infractor, otorgando fines penales preventivos y siendo menos lesivo y más acorde al principio inherente al Derecho Penal de subsidiariedad.³¹

Tiene en cuenta las necesidades del infractor, de la víctima y de la comunidad y les permite a cada uno comprender lo ocurrido, responsabilidad por el daño, mejora personal gracias al aprendizaje por la experiencia y un compromiso con la comunidad.³²

Se basa en la consideración del delito como un mal que debe ser solucionado por sus participantes (víctima y autor del hecho) y no entre sus autores (el infractor) y el Estado³³. Es cierto aunque esta noción no es completa, pues como afirma BERND-DIETER MEIER, “*si se limitase estrictamente a la solución del conflicto -en el sentido*

²⁹ FÁBREGA RUIZ, C. y SÁEZ VALCARCEL, R., “La víctima y la mediación penal” *Documento ideológico sobre Mediación Penal*. VVAA (coordinado por SÁEZ VALCÁRCEL, Ramón), Cuadernos Digitales de Formación, vol. 60. CGPJ 2010. p. 64.

³⁰ CANO SOLER, M^a A., *La mediación...*, op., cit., p. 32-33

³¹ CANO SOLER, M^a A., *La mediación...*, op., cit., p. 34

³² CANO SOLER, M^a A., *La mediación...*, op., cit., p. 45

³³ ADAMS, A., “*Restorative Justice, Responsive Regulation, and Democratic Government*”, *Journal of Sociology and Social Welfare*, Marzo 2004, vol. 31, n° 1, p. 3.

apuntado-, se estarían ignorando las necesidades e intereses sociales del mantenimiento en la seguridad y la paz social, vitales para la sociedad”³⁴.

Para la justicia antagonista a nuestra protagonista, que es la Justicia Retribucionista, el conflicto del delito queda satisfecho y compensa a la sociedad en la medida que el delincuente recibe la pena, pero según la CE, las penas tienen un fin de reinserción, y tal como está orientada en este modelo tiene efectos contrarios, además de no resarcir a la víctima por su dolor y daño causado y de volverla a victimizar (victimización secundaria). Aparte de esta dualidad de posiciones, la paz social también ha salido dañada y crecerá la sensación de inseguridad y pérdida de confianza en la justicia.³⁵

En cambio, la justicia que proponemos como mejor solución y más adecuada a nuestro mundo parte³⁶ entre sus objetivos de:

- La reparación de los daños a las víctimas y su consiguiente reintegración: de ser la gran olvidada por el proceso penal pasa a ser su verdadero proceso, además de confluir con los del victimario y los de la comunidad, restableciendo así la paz social que el delito quebrantó y se forjara una mejor confianza en la justicia.
- La reintegración del infractor: este modelo favorece la concienciación, responsabilización del hecho y reparación del daño a la vez que indaga en las causas de su comportamiento como técnica para alcanzar medidas que procuren su reinserción y eviten su reincidencia. De este modo, al brindar al victimario ocasión de volver a pertenecer a la sociedad, ésta le recupera como persona responsable y capaz de asumir sus propios actos.
- Restablecimiento y mantenimiento de la paz social: participando de primera mano víctima, victimario y comunidad, logrando disminución de víctimas y de la violencia, mayor confianza en la Justicia y por ende el restablecimiento de la

³⁴ BERND-DIETER MEIER, “*Restorative Justice-A New Paradigm in Criminal Law?*”, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, vol. 6/2, 1998, p. 126.

³⁵ CANO SOLER, M^a A., *La mediación...*, op., cit., p. 46

³⁶ CANO SOLER, M^a A., *La mediación...*, op., cit., p. 47-50

paz social. Esto no sólo es lo más justo sino más eficaz y más barato, aunque posea inconvenientes que posteriormente serán comentados.

Estos objetivos se asientan sobre tres principios fundamentales³⁷:

- Principio de igualdad de trato y de reconocimiento de derechos de las víctimas y de infractores.
- Participación activa, directa y voluntaria de los intervinientes mediante el diálogo respetuoso y la escucha activa, no estando atados a formalidades.
- El encuentro será dirigido por un tercero profesional e imparcial.

Remarcar como nos recuerda DOMINGO DE LA FUENTE³⁸ que pese a que en su mayor parte acaben en acuerdo estos encuentros no es el fin último ni lo es el pedir perdón sino ayudar a la víctima a superar el delito sufrido, concienciar y responsabilizar al infractor del delito y del daño y de cómo repararlo.

Son procesos esencialmente orientados a dar satisfacción a la víctima y a otorgarle un papel activo negado hasta ahora. Esta satisfacción puede llegar por la vía del perdón de la víctima pero no puede ni debe, ser la única finalidad perseguida. Como sostiene SHAPLAND³⁹, ni la justicia penal tradicional ni la justicia restauradora pueden demandar a una víctima que perdone a su agresor porque si esto fuese así se colocaría a la víctima en una posición de victimización secundaria y se la compelería a servir otros intereses distintos a los suyos.

Entre las opciones disponibles encontramos a mayores la compensación económica, la realización de trabajos de reparación para la víctima o en beneficio de la comunidad.

³⁷ CANO SOLER, M^a A., *La mediación...*, op., cit., p. 51

³⁸ DOMINGO DE LA FUENTE, V., en Blog *La otra Justicia*. 22 de Mayo, 2013, disponible en <http://blogdelajusticiarestaurativa.blogspot.com.es/2013/05/>

³⁹ SHAPLAND, J. (et al.), “*Situating Restorative Justice Within Criminal Justice*”, *Theoretical Criminology*, vol. 10 (4), Sage Publications, 2006 p. 519.

2.6.- RAZONES DE LA CONSOLIDACIÓN DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA

Algunas de las razones⁴⁰ por las que la justicia restaurativa ha ido consolidándose en los ordenamientos son:

- La recuperación de las víctimas en el derecho y proceso penal. Se habla de redescubrimiento por que durante siglos fue la gran olvidada, considerando que vivía en un “vacío legal” (en la doctrina inglesa se denominaba *legal nonentity* y en la alemana *rechtlichen Nichts*). Implicaba considerarla como sujeto de derechos ya que estaba en una situación de inferioridad procesal. Esta recuperación ha dado paso a la victimología y victimodogmática. Esto era porque se concebían los delitos como actos contra el Estado y la Sociedad y por eso éstos ejercían el reproche, aun cuando hubiese personas afectadas por el delito. Se otorgó según que sistemas, mayor o menor grado de participación como capacidad para denunciar, para ser acusación particular, delitos solo perseguibles a instancia de parte.
- Aparición de teorías abolicionistas: Es una corriente que critica el sistema jurídico-penal, suscitando su desaparición y reemplazo, desmitificando la justicia penal y los efectos sociales adversos, criticando el sistema carcelario por ineficaz como forma de rehabilitación y gran reincidencia, destruyendo la personalidad de los reos. Otro punto importante es que afirma que el modelo desconoce la existencia de víctimas.
- Las teorías minimalistas: defienden que penar es una opción pero no la única.

No podemos dejar de hablar de la susceptible mejora de la prevención general en su aspecto positivo (la rehabilitación del autor) y en su aspecto negativo (evitación de la reincidencia). Han sido muchas las investigaciones⁴¹ que demuestran dicho potencial rehabilitador y preventivo de la reincidencia.

⁴⁰ BARONA VILAR, S. *Mediación penal...*, op., cit., p. 129-131

⁴¹ CUADRADO SALINAS, C., La mediación: ¿una alternativa real al proceso penal?, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2015, vol. 17-01, p. 17-19

Por la parte que respecta a nuestro país, destacar una de la Asociación de Mediación para la Pacificación de Conflictos basado en la derivación de 218 expedientes (2006-2010), de los que 122 concluyeron con un acuerdo, 25 sin acuerdo y 71 no lograron iniciarse, De los 122 expedientes, en relación con las faltas: el 80% se obtuvieron con disculpas formales, en el 60% además se renunció a las acciones civiles, en el 100% de los casos se produjo el compromiso de no reincidencia, en el 100% de los casos se retiró la denuncia y se establecieron acuerdos de convivencia en el 60%. Y en cuanto a los delitos, en la fase de instrucción del delito, se ha llegado a la conformidad entre los escritos de acusación y defensa. En cuanto a la fase de ejecución, sólo se dictaron 2 autos de suspensión de condena y uno de sustitución, pero -estos dos- suponían el 100% de los casos derivados.

Por ejemplo, GRAVIELIDES cita el proyecto australiano RISE (*Reintegrative Shaming Experiments*)⁴², llegando a la conclusión de una mayor efectividad de los procesos de justicia restaurativa en relación con la mayor satisfacción de la víctima, de la expresión de arrepentimiento del autor y del compromiso de no volver a delinquir.

Aunque puede que uno de los estudios⁴³ más completos y recientes (2014) sea el de Lawrence W. Sherman, Heather Strang, Evan Mayo-Wilson, Daniel J. Woods y Barak Ariel. Analizaron la conducta de 1.880 infractores en cinco diferentes jurisdicciones de tres distintos continentes tras dos años desde que finalizó el proceso de mediación. Algunas de las conclusiones fueron que:

- En todos los casos en los que la voluntad de las partes se manifestó a favor del encuentro y el diálogo se demostró que estos métodos son susceptibles de reducir en gran medida la posibilidad de reincidencia (nueve de cada diez).
- En relación con la distinción entre delincuencia juvenil y de adultos, la mediación penal no es más efectiva cuando se trata de jóvenes delincuentes.
- Dichos métodos fueron más efectivos cuando se trataba de delitos violentos. En relación con esto, los autores afirman que cuanto más efervescencia emocional

⁴² Están publicados en http://www.aic.gov.au/criminal_justice_system/rjustice/rise.html

⁴³ Para más información, está publicado en <http://www.readcube.com/articles/10.1007/s10940-014-9222-9>

tenía lugar, mayores efectos preventivos se producían. Es más, se decantan por recomendar a los legisladores que implanten estos métodos cuando se trate de delitos violentos.

2.7.- CRÍTICAS A LA JUSTICIA RESTAURATIVA

Pese a todas sus ventajas, se observan también algunos inconvenientes⁴⁴:

- Tiene demasiados objetivos y un poco ambiguos (reconocimiento de los hechos, reparación, cicatrización del conflicto...), sin establecer grados de importancia, pero esto es porque se trata de un ámbito modular y flexible, en constante evaluación sobre sus resultados para concretar algunas propuestas genéricamente formuladas.
- Beneficia más al autor que a la víctima. Es un proceso voluntario para ambos, que respeta el principio de igualdad y de proporcionalidad en todo caso y de mayor apoyo moral y psíquico para el afectado que otros procedimientos, sin embargo, es posible según qué casos que genere cierta victimización secundaria, por lo que en esos casos no es el mejor remedio.
- Denigra al autor de los hechos. De nuevo, es un proceso voluntario y la colaboración abierta y flexible le hace obtener respuestas del sistema más beneficiosas.
- La función reparadora es utópica. También las demás funciones de la justicia, la consecuencia de nuevas opciones en la justicia es porque las anteriores no han funcionado. Además, puede ofrecer resultados más realistas que por ejemplo la prevención. Quizás no sirva para el daño material, pero si para el moral, así introduce la persuasión u obediencia a la ley, lo cual puede ser muy interesante para grupos marginales que no legitiman el sistema de justicia. Así muestran los datos una menor reincidencia.
- La justicia se privatiza. La reparación no tiene porque ser económica, sino que puede ser moral o simbólica, el proceso tiene menor coste que la justicia tradicional por tres vertientes; menor acceso a tribunales, menor gasto penitenciario y menor gasto sanitario por síntomas postraumáticos.

⁴⁴ BARONA VILAR, S. *Mediación penal...*, op., cit., p. 155-161

- No es aplicable para todos los delitos. Es cierto, pero no implica que solo se pueda aplicar a los delitos menores, habrá delitos menores y graves en los que no se deba aplicar y otros en los que sí.
- Indeterminación de cuando acudir y elegir el camino más favorable para la reparación. No tiene sentido fijar de forma estática los caminos a tomar para cada caso concreto.

2.8.- INSTRUMENTOS DE LA JUSTICIA RESTURATIVA

Puede intervenir un mediador o lo que es más común, un facilitador. Éste asegura que las partes se centren en el por qué de su encuentro y mantengan una comunicación civilizada, no esperando participar ni liderar la discusión.

La clasificación⁴⁵ más habitual es la siguiente:

2.8.1.- Conferencias de Grupos Familiares (Conferencias de familia, conferencias restaurativas o grupos de comunidad)

Son reuniones con un facilitador en las que intervienen aparte de víctima y victimario, otras personas afectadas indirectamente por el delito por razón de familia, amistad, cercanía o pertenencia a la comunidad. Entre todos se intenta resolver el conflicto y el modo de reparación del daño atendiendo a las necesidades de todos.

El encuentro acaba con la firma de un acuerdo.

2.8.2.- Círculos de Discusión o Sentencia (Tratados de paz o Círculos de Sentencia)

Aquí aparte de los integrantes de las conferencias o grupos familiares, cualquier persona interesada puede participar (personal de justicia, policía, fiscales...).

Entre todos trabajan para diseñar la estrategia para alcanzar la reparación del daño y prevención futura de delitos.

La comunidad dirige estos procesos, implicándose de forma más directa con el apoyo y colaboración del sistema de justicia penal.

⁴⁵ CANO SOLER, M^a A., *La mediación...*, op., cit., p. 57-59

2.8.3.- Medición Víctima-Ofensor

La reunión es entre víctima e infractor, que con la asistencia de un mediador y en condiciones de seguridad física y emocional, tratan de lograr un acuerdo sobre reparación y compensación por el delito mediante la voluntaria prestación del victimario a favor de su víctima o de la comunidad subsidiariamente. Los beneficios son la satisfacción de las partes con el medio y los resultados, acuerdo con mayor cumplimiento, reducir ciertos sentimientos de malestar, revictimización y reducir el crimen.

Es el más extendido y el practicado en la delincuencia juvenil. Pese a eso, autores como DOMINGO DE LA FUENTE consideran que no es la más restaurativa, siéndolo más las dos anteriores por su carácter más inclusivo y participativo de la comunidad.

Aunque la opción más restaurativa será la que su aplicación resulte más recomendable en atención al tipo delictivo, circunstancias y necesidades tanto de la víctima e infractor.

Puntualizar que la mediación no supone siempre la vía más apropiada para cualquier clase de delito, tipo de infractor o de víctima, no es “la panacea para solucionar los inherentes defectos del sistema de justicia tradicional”⁴⁶

Existen otros⁴⁷ (con mayor incidencia en otros países que en el nuestro) que por sus particularidades no pueden ser incluidos en los anteriores:

- Shuttle communication o shuttle diplomacy mediation: es una vía indirecta entre las partes, a través de su intermediario (mediador o facilitador) a través de cualquier medio. Especial para evitar la violencia de confrontar a víctima y agresor de manera directa.
- Victim-absent discussions with offender and supporters about crime o ofender-absent discussions with victim and supporters about crime: comunicación unilateral en la que puede existir un facilitador o mediador que actúa en ausencia de la víctima o del agresor para encontrar una solución restitutiva.

⁴⁶ LOGAN, C., “*Restorative Justice: Encouraging More Meaningful Engagement with the Criminal Justice System*”, University College Dublin Law Review, vol. 13, 2013, p. 40.

⁴⁷ BARONA VILAR, S. *Mediación penal...*, op., cit., p. 144-148

- Court-ordered restitution: de comunicación indirecta y de naturaleza más imperativa. Muy eficaz en la delincuencia penal juvenil.

No son dos modelos antagónicos la justicia restaurativa y distributiva. Se trata de integrarlos y asumir la viabilidad de ambos. Así puede fracasar el modelo restaurativo como vía previa a la jurisdicción o pese a que las *conferences* suelen ofrecer respuestas más imaginativas, las consecuencias no necesariamente deben ser diferentes.⁴⁸

⁴⁸ BARONA VILAR, S. *Mediación penal...*, op., cit., p. 149

3.- LA MEDIACIÓN PENAL

3.1.- DEFINICIÓN

Hay tantas teorías y escuelas como bien dice GORDILLO SANTANA⁴⁹ como definiciones, por lo que al estar abierto a diversas interpretaciones, dar una definición cerrada puede excluir visiones diferentes. Sin embargo, sí que coincide en víctima, victimario, tercero facilitador que no toma decisiones y la existencia de un conflicto.

BARONA VILLAR⁵⁰ la define como, *cauce en virtud del cual víctima e infractor, voluntariamente, se reconocen capacidad para participaren la resolución de un conflicto penal, con intervención del mediador, restableciendo la situación previa al delito y el respeto al ordenamiento jurídico, amén de dar satisfacción a la víctima y reconocimiento de tal actividad por el victimario. Se trata de un medio de gestión del conflicto que fomenta el dialogo y la reconstrucción de la paz social quebrada por el hecho delictivo”*

Otros como RUIZ RICO y OROZCO PARDO⁵¹ hacen hincapié en el procedimiento con sus fases y garantías con un profesional que pretende la solución del conflicto buscando sus causas y no solo sus efectos por un acuerdo viable y justo en términos jurídicos, fruto de la voluntad de las partes.

⁴⁹ GORDILLO SANTANA, L., *La justicia restaurativa y la mediación penal*, Iustel, Madrid, 2007, p.181-182.

⁵⁰ BARONA VILAR, S., “Mediación penal: un instrumento para la tutela penal” *Revista del Consejo General del Poder Judicial*, nº 94, 2012, p. 24.

⁵¹ RUIZ RICO Y RUIZ MORÓN, J. y OROZCO PARDO, G., “La mediación familiar en el derecho español (especial referencia a la ley andaluza 1/2009, de 27 de febrero), *Revista Mediara* 1. Cuadernos. Septiembre 2012. Disponible en <http://www.revistamediara.es/articulos/12/la-mediacion-familiar-en-el-derecho-espanol>

ORTUÑO MUÑOZ y HERNÁNDEZ GARCÍA⁵² aluden a la estructura formal y la relación de futuro de las partes que van a mantener.

El I Congreso Internacional sobre Justicia Restaurativa y Mediación Penal⁵³ (Burgos, 2010), destaca el proceso voluntario, gratuito, confidencial, alternativo o complementario en su caso al proceso penal tradicional, con un tercero imparcial, informal pero sin perder derechos y que implica economía de tiempo y esfuerzo.

Desde la legislación europea, la Decisión Marco del Consejo de 15 de Marzo de 2001⁵⁴, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal peca de escueta y poco esclarecedora al definirla como *“la búsqueda antes o durante el proceso penal, de una solución negociada entre la víctima y el autor de la infracción, en la que medie una persona competente”*.

En la legislación española⁵⁵ también ha adolecido del mismo problema tanto en la Ley 5/2012 de 6 de Julio, de *mediación en asuntos civiles y mercantiles* (además de tener escasa aplicación por poseer diferentes características), como en el Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2013, que pese a dedicar un artículo a su definición, se ha hecho necesario acudir a su exposición de motivos.

En resumen, para CANO SOLER⁵⁶, *“es un sistema de resolución de conflictos a través del cual una tercera persona, ajena al conflicto, capacitada, neutral e imparcial,*

⁵² ORTUÑO MUÑOZ J.P., y HERNÁNDEZ GARCÍA, J., *Sistemas alternativos a la resolución de conflictos (ADR): la mediación en las jurisdicciones civil y penal*. Fundación Alternativas 2007, p. 35, disponible en http://www.fundacionalternativas.org/public/storage/laboratorio_documentos_archivos/xmlimport-mAcNhe.pdf

⁵³ *Conclusiones del I Congreso Internacional sobre Justicia Restaurativa y Mediación Penal: dimensiones teóricas y repercusiones prácticas*. Servicio de Mediación Penal de Castilla y León (Burgos). Burgos 4 y 5 de Marzo de 2010, p.13.

⁵⁴ CANO SOLER, M^a A., *La mediación...*, op., cit., p. 70

⁵⁵ CANO SOLER, M^a A., *La mediación...*, op., cit., p. 70-71

⁵⁶ CANO SOLER, M^a A., *La mediación...*, op., cit., p. 71

interviene para que dos o más personas, implicadas en una infracción penal como víctima e infractor, alcancen, mediante el dialogo y la comunicación, un acuerdo sobre la forma en la que el infractor llevará a cabo la reparación del daño causado a consecuencia de la citada infracción”.

La reparación a la víctima es una de las bondades de la mediación penal, y por ello es usado un adjetivo inglés “*healing*” que define el propósito de este método de justicia, esto es, la reparación o sanación integral del mal que se ha causado, de tal modo que incluye la reparación o sanación de la víctima tanto a nivel físico (material) como psicológico⁵⁷.

La incorporación de la mediación supone romper con el concepto de Justicia como se ha venido entendiendo hasta ahora en relación a que “nace” un nuevo conflicto, entre víctima y victimario, dándose prioridad a la reparación y prevención especial sobre la retribución y prevención general, cediendo también el Estado parte de la acción persecutoria⁵⁸.

La mediación, al igual que el Código Penal, actúa contra hechos socialmente reprochables, siendo otra respuesta a la criminalidad.

3.2.- NOTAS QUE CARACTERIZAN A LA MEDIACIÓN

3.2.1- Modalidad de tutela del ciudadano⁵⁹

Así como los tribunales están y deben seguir estando al servicio de los ciudadanos, son necesarios otros cauces que le permitan ejercer el derecho a la libertad de elegir con mayor o menor facilidad por la vía de tutela que prefiera.

En materia penal, sólo existe el cauce del proceso, por lo que está anticuado y exhausto y aquí la mediación penal podría ser un instrumento del proceso.

⁵⁷ CUADRADO SALINAS, C., *La mediación: ¿una alternativa ... op., cit., p. 3*

⁵⁸ BARONA VILAR, S. *Mediación penal...*, op., cit., p. 258

⁵⁹ BARONA VILAR, S. *Mediación penal...*, op., cit., p. 259-261

3.2.2.- Libertad o voluntad de las partes de sometimiento a la misma⁶⁰

Acudir a la mediación es signo de libertad y no de coerción como en la tutela procesal penal. Voluntario tanto para víctima y victimario, sino no hay mediación. Cuestión distinta es efectos posteriores como la negativa del delinciente, que da lugar a la remisión directa al proceso penal aplicando el principio de legalidad sin modulación, y la negativa de la víctima puede suponer una minoración de la pena por el juez. Por tanto, acudir o no puede tener consecuencias jurídicas procesales y/o penales.

3.2.3.- Es un Procedimiento, no un proceso⁶¹

El procedimiento existe en cualquier actividad jurídica, siendo la forma sobre cómo se desarrolla y el proceso es el ejercicio de la función de ejecutar y hacer ejecutar lo juzgado (función jurisdiccional).

En el procedimiento de mediación no estamos ante dicha función porque no hay un juez *supra partes* sino que el mediador no impone la solución y está *intra partes*, tratando de aproximar las posturas para encontrar una solución, que no tiene forma de resolución sino de acta, careciendo de fuerza impositiva con efectos de cosa juzgada. Esto último no quita que se pueda homologar por el juez obteniendo su correspondiente eficacia procesal.

3.2.4.- Intervención tripartita de sujetos⁶²

Formada por las dos partes enfrentadas y el mediador neutral e imparcial. Esto no quiere decir que siempre haya tres personas presentes, pudiendo hablar por separado con cada una, o pueden intervenir más personas por las partes o ajenas al conflicto, sin que perturbe la idea de bilateralidad, pero respetando la simetría y pudiendo una parte rechazar ésta última, aunque sobretodo el letrado del victimario si debería estar presente.

⁶⁰ BARONA VILAR, S. *Mediación penal...*, op., cit., p. 261-263

⁶¹ BARONA VILAR, S. *Mediación penal...*, op., cit., p. 262-263

⁶² BARONA VILAR, S. *Mediación penal...*, op., cit., p. 263-266

3.3.- PRINCIPIOS DE LA MEDIACIÓN PENAL

3.3.1.- Principio de libertad o voluntariedad de las partes⁶³

Pese a que no es un conflicto disponible, tiene la idea común a todas las ADR sobre la intervención voluntaria de participar en ellos. Este principio implica la decisión de querer perseguir una conducta reprochable socialmente acudiendo al procedimiento de la mediación, no implicando la renuncia a la tutela judicial efectiva.

Tal importante es este principio que se exige que firmen un documento para hacer constar la voluntariedad, donde además, serán informados de sus derechos y del procedimiento y resultados de la mediación, pudiendo incluso quebrar su voluntad de continuar en cualquier momento, incluso en el acuerdo final. En realidad, a veces no es tanto la voluntad de participar sino quizás el miedo a la causa penal con un panorama más oscuro, pese a ello, es la voluntad velando por sus intereses.

De ningún modo puede entenderse como quebrado este principio cuando se remita intrajudicialmente a mediación, puesto que seguirá operando y en caso de no darse el consentimiento, el proceso no podrá llevarse a cabo. También es aplicable al propio mediador.⁶⁴

3.3.2.- Principio de presunción de inocencia⁶⁵

Es el que más problemas pueda originar para la implantación definitiva de la mediación penal.

La mediación sólo puede promoverse cuando exista suficiente base incriminatoria y objetiva para acusar al infractor.

Tanto el victimario como la víctima lo son en grado de presunción. Se parte de la culpabilidad del acusado, porque es necesario que se responsabilice del hecho para

⁶³ BARONA VILAR, S. *Mediación penal...*, op., cit., p. 266-269

⁶⁴ CRESPO DE PABLO, J.M. y MORETÓN TOQUERO A., “El derecho a la tutela judicial efectiva y la implantación de la mediación penal en España”, *Revista peruana de ciencias penales*, nº 25, p 462

⁶⁵ CUADRADO SALINAS, C., *La mediación: ¿una alternativa ...* op., cit, p. 21-22

poder reparar el daño, pero ello no implica, ni debe generar, una vulneración de la presunción de inocencia del mismo. No puede ser entendida como admisión de culpabilidad en el proceso penal iniciado, ni en otros que pudieran abrirse, si no se llega al acuerdo deseado, rigiendo el principio de confidencialidad.

3.3.3.- Principio de complementariedad⁶⁶

Acudir a la mediación no implica necesariamente renunciar al proceso penal sino que exige por un lado, vincular al inicio o al finalizarlo los resultados de la mediación y por otro, si fracasa la mediación, acceder a la tutela judicial penal a través de los tribunales. Si bien puede alterar, minimizar, suspender o incluso transformar la condena penal, no puede entenderse como proceso alternativo sino instrumento complementario.

Supone integración de ambas pero con preferencia de una sobre otra, de ahí la función complementaria propia de la justicia restaurativa respecto de la retributiva de la pena.

3.3.4.- Principio de proporcionalidad procesal y penal

Se entiende como la necesidad de evitar el uso desmedido de las sanciones que conlleven privación de libertad o su restricción, imponiéndose cuando sea necesario para proteger bienes jurídicos muy importantes. Se ve desde tres prismas⁶⁷:

- La aplicación de la medida (cualitativa y cuantitativamente) más adecuada para el fin perseguido.
- Necesidad de la pena: debiendo concurrir la intervención mínima, la aplicación del Derecho Penal a los ataques más graves contra los bienes jurídicos merecedores de protección y la exigencia del principio de *ultima ratio*, es decir, cuando el resto de mecanismos del ordenamiento jurídico han fracasado.
- La labor del juez de ponderar la gravedad de la pena y el fin que se persigue.

El interés público en la persecución del delito y de su autor suele ser directamente proporcional a la gravedad del mismo, a mayor gravedad mayor interés en la persecución, y es menor la posibilidad de que el legislador faculte para desviar hacia

⁶⁶ BARONA VILAR, S. *Mediación penal...*, op., cit., p. 269-272

⁶⁷ BARONA VILAR, S. *Mediación penal...*, op., cit., p. 272-274

medidas alternativas, y viceversa, a menor gravedad, mayor interés por la escasa lesión social, dirigiendo el foco a la protección de otros valores sociales esenciales del sistema penal como la rehabilitación del infractor y el resarcimiento de daños a la víctima.

La desviación de un asunto por aplicación del principio de oportunidad suele estar relacionada con la aplicación del principio de proporcionalidad para tomar la decisión, ponderando los factores a favor y en contra del procesamiento⁶⁸.

3.3.5.- Principio de confidencialidad⁶⁹

Es uno de los principios básicos de la mediación. Al Juez, con carácter general, no se le deben transmitir más que el documento con los acuerdos acordados por las partes en caso de haberlos. Así tras haber informado a las partes, se les hace firmar un documento de confidencialidad por sí, sabiendo del carácter voluntario de la mediación y de la posibilidad de cualquiera de las partes de volver al proceso, los diálogos y asunciones realizadas en la mediación no tendrán carácter incriminatorio salvo que ambas partes acuerden lo contrario. De esta manera se salva el principio constitucional de la presunción de inocencia.

Afecta también a los mediadores y otros profesionales que participen en el procedimiento de mediación en relación con los hechos y manifestaciones de que hubieren tenido conocimiento en el ejercicio de su función, no pudiendo ser llamados como testigos y otorgándoseles secreto profesional. No se indica nada más sobre el mediador, por lo que debemos entender que la futura norma que se anticipa⁷⁰ incluya y exija la necesaria capacitación profesional procediendo a regular el estatuto jurídico del mediador como pasa para otras ramas de la mediación⁷¹.

Sin embargo, este secreto profesional no tiene carácter absoluto, limitándose a los asuntos que tengan que ver con el objeto referido en mediación y, eventualmente, sean

⁶⁸ CUADRADO SALINAS, C., La mediación: ¿una alternativa ... op., cit, p. 10

⁶⁹ BARONA VILAR, S. *Mediación penal...*, op., cit., p. 274-276

⁷⁰ Disposición Final cuarta Ley 4/2015.

⁷¹ JIMENO BULNES, M., “¿Mediación penal y/o justicia ... op., cit, p. 5

objeto de un proceso judicial. El secreto ampara no solo su declaración sino los documentos o materiales utilizados⁷².

3.3.6.- Principio de gratuidad⁷³

Esto se explica por el carácter público del Derecho Penal y el principio de igualdad, ya que de lo contrario crearíamos un modelo de justicia para pobres y otro para ricos.

Esta forma es una buena publicidad para darla a conocer y a mayores y aunque no sea el principio económico el que deba primar en la justicia, se verá recompensada con menores dilaciones con su consecuente ahorro y podrá centrarse en los casos de mayor entidad o los que provoquen macrovictimización, ciberdelincuencia etc. dejando para la mediación los que mejor protejan los intereses sociales.

Pese a la gratuidad, el legislador deberá determinar salvedades para evitar conductas fraudulentas como dilatar el proceso, que al final lleven a un mayor gasto del procedimiento.

3.3.7.- Principio de oficialidad⁷⁴

Las partes deberían ser las que en aras de la paz social fuesen a mediación pero es posible sostener el caso de que aun siendo propuesta por las partes sea oficio del Juez el remitirles a un proceso de mediación o no atendiendo a su idoneidad. Su remisión no implica obligación necesaria de acudir.

3.3.8.- Principio de flexibilidad

La flexibilidad no es categórica sino una característica del procedimiento. Teniendo en cuenta su carácter poco formal, cuando se regule se debe hacer de manera amplia atendiendo al hecho, dificultad de acercamiento entre las partes y su número. Esto no resta a que sea más estricto en otros aspectos para evitar trampas procesales.

⁷² CRESPO DE PABLO, J.M. y MORETÓN TOQUERO A., “El derecho a la tutela judicial ...”, op., cit., p.462-463.

⁷³ BARONA VILAR, S. *Mediación penal...*, op., cit., p. 276-277

⁷⁴ BARONA VILAR, S. *Mediación penal...*, op., cit., p. 277-280

La flexibilidad es una característica que encaja con la idea de reparación y no afecta a las garantías procesales de las partes, de hecho favorece el derecho de igualdad, contradicción, defensa y presunción de inocencia. Hay quien afirma que al encuadrarse dentro del sistema penal debería estar igualmente configurada formalmente, pero esto solo llevaría a su fracaso, pero no nos estamos refiriendo a un libre albedrío de formación del mediador y de las garantías procesales.

Por lo tanto, se debe configurar mínimamente pero garantizando la efectividad del modelo y de los principios básicos, siendo cada caso y sus circunstancias las que determinen la forma específica del funcionamiento de la mediación.⁷⁵

De igual modo opina MARSHALL; se debe configurar como proceso, no teniendo un procedimiento previamente establecido, estático y formal, en la que cada parte esté regulada como ocurre con el procedimiento penal⁷⁶.

Esto implica que son las partes las que deciden hacia dónde ir, considerándose como *“un procedimiento democrático en el que cada asunto es único, porque cada delito y cada consecuencia del mismo son únicos, de forma que cada procedimiento mediador es creado de nuevo por sus participantes”*⁷⁷.

3.3.9.- Principio de dualidad de posiciones, igualdad y contradicción

Debido a que debe integrarse en el modelo de justicia penal, le son extensibles los derechos propios de la tutela judicial efectiva.

El principio de igualdad viene matizado por la posición de víctima-agresor de las partes, recuperando la víctima un papel protagonista en la comunicación con el presunto delincuente, que sigue manteniendo sus derechos y también tiene que ser oído, pudiendo ejercer el derecho de contradicción de múltiples formas, como hablando simultáneamente con todas las partes o mediante entrevistas individuales.

⁷⁵ BARONA VILAR, S. *Mediación penal...*, op., cit., p. 280-285

⁷⁶ MARSHALL, T.F., *Restorative Justice. An Overview* publicado en www.homeoffice.gov.uk 1999, p. 5.

⁷⁷ SHAPLAND, J. (et al.), *“Situating Restorative Justice ...”*, op., cit., p.. 507.

A mayores de las partes pueden intervenir asistentes sociales, abogados, allegados... aunque es recomendable que todos los que intervengan lo hagan en calidad de personas vinculadas por el conflicto. Otro aspecto a tener en cuenta es que lo hagan de forma simétrica pero permitiendo que si una parte no quiera a nadie así sea porque esta simetría es una posibilidad pero no una obligación.

3.3.10.- Principio de disponibilidad⁷⁸

Nos referimos con este principio al objeto de la mediación y a sus consecuencias, estando más limitados que en otras jurisdicciones. Solo se podrán acordar las permitidas por la ley (reparación del daño).

3.4.- CHOQUE CON EL DERECHO PENAL. LA NO ALTERACIÓN DE LA GARANTÍA JURISDICCIONAL EN LA APLICACIÓN DEL DERECHO PENAL

Uno de los problemas de la mediación penal es la relativa al riesgo para el imputado del “abandono” de las garantías que todo proceso penal conlleva y que van dirigidas su protección.

Así señala BERND-DIETER MEIER⁷⁹ que si la justicia restaurativa (y por tanto extensible a la mediación penal) desea ser presentada como una alternativa a la condena, debe incorporar el complicado equilibrio entre la informalidad y la autonomía del procedimiento de mediación, por un lado, y la necesidad de preservar los derechos y salvaguardas de los sujetos involucrados en el mismo (del infractor, pero también de la víctima y su familia), por otro lado.”

⁷⁸ CRESPO DE PABLO, J.M. y MORETÓN TOQUERO A., “El derecho a la tutela judicial ..., op., cit., p. 463

⁷⁹ BERND-DIETER MEIER, “*Restorative Justice...*, op., cit., p.133

El Derecho Penal atiende a tres monopolios⁸⁰:

- Estatal: respecto al *ius puniendi*, se prohíbe la autotutela como norma general y la no disponibilidad de la pena, aunque exista la legítima defensa, delitos perseguibles a instancia de parte, perdón del ofendido... La ejecución del acuerdo de mediación con elementos condenatorios es imprescindiblemente seguido, vigilado y controlado por los órganos de ejecución estatal.
- Judicial: aplicación por órganos jurisdiccionales dentro del Estado, aunque el juez controla las decisiones intrapartes y las homologa si es conforme a derecho, no sería la mediación una forma de autotutela ajena al monopolio estatal.
- Procesal: se aplica por los tribunales por medio del proceso con todas sus garantías, pero no se vulnera por usar un “instrumento del instrumento” ya que lo ayuda y reduce pero no busca consagrarse como alternativa al proceso.

Esta garantía jurisdiccional entra dentro del principio de legalidad, que se articula en cuatro garantías:

- Criminal o *nullum crimen sine lege*: Art 1 CP⁸¹: No será castigada ninguna acción ni omisión que no esté prevista como delito por ley anterior a su perpetración. Las medidas de seguridad sólo podrán aplicarse cuando concurren los presupuestos establecidos previamente por la Ley.
- Penal o *nulla poena sine lege*: Art 2 CP: No será castigado ningún delito con pena que no se halle prevista por ley anterior a su perpetración. Carecerán, igualmente, de efecto retroactivo las leyes que establezcan medidas de seguridad. No obstante, tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena. En caso de duda sobre la determinación de la Ley más favorable, será oído el reo. Los hechos cometidos bajo la vigencia de una Ley temporal serán juzgados, sin embargo, conforme a ella, salvo que se disponga expresamente lo contrario.

⁸⁰ BARONA VILAR, S. *Mediación penal...*, op., cit., p. 243- 247

⁸¹ Código Penal Español.

- Jurisdiccional o *nemo damnetur nisi per legale iudicium* : art 3.1 CP: No podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad sino en virtud de sentencia firme dictada por el Juez o Tribunal competente, de acuerdo con las leyes procesales.
- De ejecución: art 3.2 CP Tampoco podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad en otra forma que la prescrita por la Ley y reglamentos que la desarrollan, ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto. La ejecución de la pena o de la medida de seguridad se realizará bajo el control de los Jueces y Tribunales competentes.

3.5.- SUJETOS INTERVINIENTES EN LA MEDIACIÓN PENAL

Dejando de lado la obvia participación del binomio víctima-victimario y del mediador, cuyo papel podemos extraer de diferentes apartados de este trabajo, veamos el papel de los sujetos intervinientes en la praxis en nuestro país⁸²:

3.5.1.- Juez

Su papel es fundamental puesto que hablamos de mediaciones intrajudiciales. Realiza el control de legalidad de la mediación y del acuerdo recogéndolo en la sentencia y controla su ejecución, aparte de ser el principal derivador y velar, pese a no intervenir, para que las partes no la usen con otros fines.

Que sea el principal derivador no significa que posea en exclusividad la potestad para su derivación. Puede surgir la iniciativa de otras figuras tales como de la Fiscalía o de las partes

3.5.2.- El Fiscal

La Constitución Española en su art 124.1 otorga al fiscal como misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social.

⁸² CRESPO DE PABLO, J.M. y MORETÓN TOQUERO A., “El derecho a la tutela judicial ..., op., cit., p. 463-467

Además, es pieza fundamental porque le corresponde facilitar los fines de la pena, los derechos fundamentales del victimario, velar por la satisfacción de las víctimas, defender el interés social e impulsar la persecución penal.

3.5.3.- Abogados

Debe informar de la posibilidad de acudir a mediación y de sus características y consecuencias, pero respetando siempre el principio de voluntariedad. Gana importancia puesto que la mayoría de la población desconoce esta alternativa.

Su papel pese a ser importante, se limita a informar a su cliente en la fase inicial y a dar el visto bueno al acuerdo en términos jurídicos, sin intervenir formalmente en las fases intermedias.

3.6.- TIPOS DE MEDIACIÓN PENAL

Si atendemos al proceso, cabrían dos tipos de categorías en relación a si se da dentro de un proceso abierto que se ha pausado y se ha remitido a mediación, recibiendo el nombre de mediación intrajudicial, que en la práctica penal es la que se realiza habitualmente, o mediación extrajudicial en el hipotético caso de que el caso no haya llegado a incoarse.

En la esfera penal atendiendo a la edad habría tres diferentes edades en las que podríamos clasificar al victimario con distintas responsabilidades penales.

- La primera, desde el nacimiento hasta los 14 años, en la que estaría exento de responsabilidad penal y por lo tanto, al no haber causa no habría posibilidad de mediación.
- La segunda, referida al Derecho Penal de menores, con edad comprendida entre 14 y 18 años. Aquí si hay relevancia penal, regulada en la Ley Orgánica 5/2000 de 12 de enero.
- La tercera, referida al Derecho Penal de adultos. Aquí los hechos los cometen personas mayores de edad. Esta parte es el grueso del presente trabajo por lo que se desarrollará posteriormente.

3.6.1.- Menores

Posee ciertos caracteres que son precisos mencionar⁸³:

- Una de las partes tiene que ser menor de edad, mientras que el resto de las partes implicadas, no tiene por qué serlo.
- Es necesario que se haya iniciado un expediente judicial contra la persona menor.
- El juzgado que conoce el caso califica provisionalmente el hecho como una infracción penal.
- Si tras la mediación se produce un acuerdo entre las partes, además de ser válido para las partes, produce eficacia en el procedimiento del expediente en el juzgado de menores que lo tramita.

El principio de oportunidad aparece en el proceso penal juvenil íntimamente ligado con el principio de intervención mínima, con el objeto de evitar procesos de estigmatización social, en el sentido de dotar de relevancia a otras alternativas a la imposición de una medida⁸⁴.

La Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores consolida y desarrolla los principios de la mediación, ya presentes en la anterior ley (Ley Orgánica 4/1992), estableciendo en su exposición de motivos la importancia de la reparación del daño causado y la conciliación entre delincuente y víctima, como situaciones que, en aras del principio de intervención mínima, y la mediación del equipo técnico, pueden dar lugar a la no incoación o sobreseimiento del expediente, o a la finalización del cumplimiento de la medida impuesta, priorizando

⁸³ Extraído de <http://www.fundacionmediara.es/index.php/mediacion/mediacion-penal>

⁸⁴ MONTERO HERNANZ, T. “El principio de intervención mínima en la legislación penal juvenil española”, 2012, p.2 Disponible en [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/B0AD8E45CA1EEA0A05257E6D0077C5FA/\\$FILE/TOMAS_MONTERO.pdfGP1994gp](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/B0AD8E45CA1EEA0A05257E6D0077C5FA/$FILE/TOMAS_MONTERO.pdfGP1994gp)

criterios educativos y resocializadores sobre los de defensa social esencialmente basada en la prevención general y que pudiese resultar negativo de cara al futuro.

Pese a que los principios son los mismos que en el caso de los adultos, la voluntariedad se ve matizada. Pese a ser deseable la participación de víctima y victimario, si la víctima se niega a llevar a cabo la mediación no extingue la mediación, que se llevaría a cabo sin ella, porque prioriza la resocialización del joven delincuente sobre la reparación de la víctima.

Otorga potestad para realizar la mediación en tres momentos procesales:

- Con carácter previo al inicio del proceso penal: desistimiento de la incoación del expediente.
- Durante su tramitación: desistimiento de la continuación del expediente.
- Durante la ejecución de la medida: cese de la medida.

3.6.1.1.- Desistimiento de la incoación

El desistimiento de la incoación del expediente por corrección en el ámbito educativo y familiar aparece regulado en el artículo 18 de la LORPM.

Se trata de una alternativa misma al proceso, permitiendo al Ministerio Fiscal desistir de la incoación del expediente cuando los hechos denunciados constituyan delitos menos graves sin violencia o intimidación en las personas o faltas. También debe comunicar a los ofendidos el desistimiento acordado y su potestad para ejercer las pertinentes acciones civiles ante esa misma jurisdicción.

El desistimiento no será posible cuando conste que el menor ha cometido con anterioridad otros hechos de la misma naturaleza, supuesto en que el Ministerio Fiscal deberá incoar el expediente.

Como apunta TOMÁS MONTERO, sin decirlo de forma expresa, la mediación entre el infractor y la víctima puede ser una forma de corrección en el ámbito educativo o familiar⁸⁵.

⁸⁵ PDF “La Mediación Penal Juvenil” p.4 , material de clase proporcionado por el autor

3.6.1.2.- El desistimiento de la continuación del expediente

Hay dos vías, por el Ministerio Fiscal (art 19) o por decisión del Equito Técnico (art 27).

A).- El sobreseimiento del expediente por conciliación o reparación entre el menor y la víctima

En el artículo 19 de la LORPM encontramos una manifestación del principio de oportunidad, que introduce la llamada justicia restaurativa. El desistimiento implica la renuncia a la audiencia y a la imposición de medidas en sentencia, aunque no necesariamente a renunciar a alguna intervención educativa.

Contempla la mediación en el art. 19, en el que se considera el sobreseimiento del expediente por conciliación o reparación entre el menor y la víctima, en aquellos hechos calificados como delitos menos grave o las antiguas faltas, *atendiendo a la gravedad y circunstancias de los hechos y del menor, de modo particular a la falta de violencia o intimidación graves en la comisión de los hechos, y a la circunstancia de que además el menor se haya conciliado con la víctima o haya asumido el compromiso de reparar el daño causado a la víctima o al perjudicado por el delito, o se haya comprometido a cumplir la actividad educativa propuesta por el equipo técnico en su informe*⁸⁶.

Completando a esto, *se entenderá producida la conciliación cuando el menor reconozca el daño causado y se disculpe ante la víctima, y ésta acepte sus disculpas, y se entenderá por reparación el compromiso asumido por el menor con la víctima o perjudicado de realizar determinadas acciones en beneficio de aquéllos o de la comunidad, seguido de su realización efectiva.*⁸⁷

⁸⁶ Art 19.1 de Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

⁸⁷ Art 19.2 de Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

La mediación será llevada a cabo por el equipo técnico que sirve de apoyo al juez de menores y al Ministerio Fiscal, quien informará a éste de los compromisos adquiridos y de su grado de cumplimiento⁸⁸.

Una vez producida la conciliación o cumplidos los compromisos de reparación asumidos con la víctima o perjudicado por el delito o falta cometido, o cuando una u otros no pudieran llevarse a efecto por causas ajenas a la voluntad del menor, el Ministerio Fiscal dará por concluida la instrucción y solicitará del juez el sobreseimiento y archivo de las actuaciones, con remisión de lo actuado⁸⁹.

Si el menor no cumpliera la reparación o la actividad educativa acordada, el Ministerio Fiscal continuará la tramitación del expediente⁹⁰.

En los casos en los que la víctima del delito o falta fuere menor de edad o incapaz, el compromiso habrá de ser asumido por el representante legal de la misma, con la aprobación del juez de menores⁹¹.

B).- El sobreseimiento del expediente a propuesta del equipo técnico

Una vez incoado el expediente, durante su instrucción, el Ministerio Fiscal debe requerir del equipo técnico, la elaboración de un informe o actualización de los anteriormente emitidos, sobre la situación psicológica, educativa y familiar del menor, entorno social, y en general sobre cualquier circunstancia, pudiendo informar si lo considera conveniente y en interés del menor, sobre la posibilidad de que éste efectúe una actividad reparadora o de conciliación con la víctima (artículo 27 de la LORPM).

⁸⁸ Art 19.3 de Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

⁸⁹ Art 19.4 de Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

⁹⁰ Art 19.5 de Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

⁹¹ Art 19.6 de Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

3.6.1.3.- Cese de la medida

El artículo 51 de la LORPM plantea de forma específica la posibilidad de que el juez de menores deje sin efecto la medida impuesta cuando se haya producido la conciliación del menor con la víctima y se juzgue que dicho acto y el tiempo de duración de la medida ya cumplido expresan suficientemente el reproche que merecen los hechos cometidos por el menor.

Para las posibilidades de modificación y sustitución de medidas, no podrán acordarse hasta transcurrido el primer año de cumplimiento y no podrán acordarse hasta transcurrida la mitad de la medida de internamiento impuesta (art 10.1b) y 10.2b) de dicha ley).

3.6.2.- Adultos

Como hemos comentado, la LO 5/2000 regula aunque de forma deficiente la mediación, aun así ha sido la primera ley española que se refiere a ella.

En el ámbito de adultos no existía una regulación similar hasta las reformas recientes de la LO 1/2015, de 30 de marzo, que modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal y por la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto Jurídico de la Víctima del delito. Estas reformas para la inclusión de la mediación como método de resolución de conflictos vienen obligadas por la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 15 de Marzo de 2001 y reiterada por la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012.

Pese a no existir regulación, existía la prohibición de la mediación en materia de violencia doméstica y de género, en la Ley Orgánica de Protección Integral contra la Violencia de Género de 28 de diciembre de 2004.

Respecto a esto, hemos encontrado en dicha medida defensores y detractores en el escenario bibliográfico español. Lo que es innegable es que la prohibición responde a una fundamentación lógica, el desequilibrio y desigualdad procesal existente entre ambas partes (imputado-hombre y acusador particular-mujer víctima).

Por ello, debería cambiarse la mediación por otro tipo de prácticas restaurativas dada su prohibición legal. En esa línea TAMARIT SUMALLA propone el sistema de conferencing o encuentros restaurativos/grupos de familia para estos casos⁹².

3.6.2.1.- Código penal

La reforma introduce el término mediación en el Código Penal y la otorga efectos jurídicos aunque solo en cuanto a la suspensión de la pena, otorga mayores efectos a la reparación del daño a la víctima y modifica la Ley de Enjuiciamiento Criminal introduciendo mínimamente el principio de oportunidad para delitos leves de muy escasa gravedad⁹³.

Pese a estos aspectos positivos, no responde al fin de mejora del status de la víctima ni a la introducción de principios restaurativos, y la motivación ha sido, como nos marca el Preámbulo nº XXXI, la reducción de la litigiosidad mediante la descarga de trabajo de los juzgados con énfasis en el principio de intervención mínima (pese a que la tendencia actual sea el aumentar el ámbito de actuación del Derecho Penal)⁹⁴.

3.6.2.2.- Estatuto de la Víctima

Prevé un catálogo general de los derechos, tanto procesales como extraprocesales de cualquier víctima de delito, ya sean víctimas⁹⁵ directas o indirectas (en caso de muerte o

⁹² JIMENO BULNES, M., “¿Mediación penal y/o justicia ... op., cit, p 6

⁹³ CANO SOLER, M^a A., *La mediación...*, op., cit., p. 163-164

⁹⁴ CANO SOLER, M^a A., *La mediación...*, op., cit., p. 164

⁹⁵ Se extiende a toda persona que sufra un perjuicio físico, moral o económico como consecuencia de un delito.

También se reconoce la condición de víctima indirecta al cónyuge o persona vinculada a la víctima por una análoga relación de afectividad, sus hijos y progenitores, parientes directos y personas a cargo de la víctima directa por muerte o desaparición ocasionada por el delito, así como a los titulares de la patria potestad o tutela en relación a la desaparición forzada de las personas a su cargo, cuando ello determine un peligro relevante de victimización secundaria.

desaparición). Sin perjuicio de estos derechos, los colectivos de víctimas con necesidades especiales, tales como las de terrorismo o violencia de género, gozarán de los derechos que le sean aplicables en virtud de las legislaciones especiales.

Reconoce a la par de la directiva europea, el acceso a los servicios de justicia restaurativa como un derecho de la víctima, aunque parece confundir el término con el de mediación.

Otras notas que destacan son⁹⁶:

- La finalidad de estos servicios, en alusión a la desigualdad moral con el victimario, es la adecuada reparación moral y material, en especial lesiones físicas, psíquicas, daños emocionales y perjuicios económicos.
- Pretende otorgar mayor consideración a la víctima en el proceso penal, en línea con los principios de la justicia restaurativa, sin recortar los derechos del infractor.
- Recoge los requisitos en su artículo 15 para acceder al procedimiento de mediación:
 - En cuanto a los mediados: rige la libertad, tanto para su inicio como para su participación, que podrán revocar en cualquier momento.
Por su parte la víctima debe haber prestado consentimiento, después de haber recibido información exhaustiva e imparcial sobre su contenido, sus posibles resultados y los procedimientos existentes para hacer efectivo su cumplimiento.
En cuanto al infractor, debe reconocer los hechos esenciales de los que deriva su responsabilidad y haya prestado su consentimiento.
 - Respecto a la infracción penal, no puede estar prohibida por ley, excluyendo esto la violencia de género.

Los derechos que recoge la Ley serán de aplicación a todas las víctimas de delitos ocurridos en España o que puedan ser perseguidos en España, con independencia de la nacionalidad de la víctima o de si disfrutan o no de residencia legal.

⁹⁶ CANO SOLER, M^a A., *La mediación...*, op., cit., p. 166-168

- En cuanto al procedimiento, no puede entrañar un riesgo para la seguridad de la víctima, ni exista el peligro de que su desarrollo pueda causar nuevos perjuicios materiales o morales para la víctima.

Exige que los debates desarrollados dentro del procedimiento de mediación sean confidenciales y no podrán ser difundidos sin el consentimiento de ambas partes. Por ello, mediadores y otros profesionales que participen en el procedimiento de mediación, estarán sujetos a secreto profesional con relación a los hechos y manifestaciones de que hubieran tenido conocimiento en el ejercicio de su función.

- Establece un sistema de apoyo a los servicios de justicia restaurativos y otros procedimientos de solución extraprocésal por parte de las Oficinas de Asistencia a las Víctimas, recogido en su artículo 29.

Sin embargo, tal y como se establece en la Disposición adicional Segunda, encontramos una gran deficiencia porque “las medidas incluidas en esta Ley no podrán suponer incremento de dotaciones de personal, ni de retribuciones ni de otros gastos de personal”. Tampoco hace referencia a otras características importantes como la oficialidad o la gratuidad.

El CGPJ sostiene que debería regular también las consecuencias de esta mediación penal, lo que podría hacerse por remisión a la Ley 5/2012, de 6 de Julio, de mediación en asunción civiles y mercantiles.

3.6.3.- Penitenciaria⁹⁷

Es un proceso que permita a la víctima y al delincuente (o acusado de una infracción penal) participar activamente con su libre consentimiento en la solución de dificultades resultantes de un delito con la ayuda de un tercero independiente (mediador). En este sentido va la Recomendación nº R (99) 19 del Comité de Ministros de los Estados Miembros sobre Mediación en Materia Penal, adoptada por el Comité de ministros el 15 de septiembre de 1999 en la 679 reunión de delegados de Ministros.

⁹⁷ MATA MARTÍN, R. “La mediación penitenciaria”. Apuntes facilitados en clase por su autor.

Si la entendemos como la mediación llevada a cabo en un centro penitenciario habría dos tipos:

- De convivencia: para la solución de problemas surgidos durante la convivencia en el centro penitenciario, sin que llegue a constituir una infracción disciplinaria. La consecuencia sería un acuerdo amistoso con posible trascendencia en la vida penitenciaria cotidiana (traslado de modulo) y en hipotéticos beneficios penitenciarios.
- Disciplinaria: en relación a internos de un centro penitenciario con expediente disciplinario abierto, por la realización de una hipotética infracción disciplinaria-administrativa para la posible imposición de una sanción. La consecuencia sería un acuerdo amistoso con posible repercusión en las medidas disciplinarias, en la situación penitenciaria práctica (traslado de modulo o centro) y en hipotéticos beneficios penitenciarios posteriores.

Algunas de las experiencias de mediación penitenciaria son:

- Módulos de respeto (MdR): so módulos formados por internos voluntarios sometidos a unas mayores exigencias en la convivencia, con mayor grado de compromiso por la reinserción. Existe una comisión de convivencia que resuelve los problemas entre los internos. Se inició en el año 2001 en el Centro Penitenciario de León (Mansilla de las Mulas).
- Asociación de Mediación para la pacificación de conflictos (CP de Valdemoro, Madrid III y otros): Desde 2005 se inician en este centro procesos de mediación inicialmente respecto a internos con procesos disciplinarios abiertos.
- La llamada “vía Nanclares” será desarrollada posteriormente.

3.7.- PRAXIS. IMPULSO DE LA VÍCTIMA Y DE LA MEDIACIÓN PENAL DESDE INSTANCIAS SUPRANACIONALES

Como podemos observar, la mediación en España hasta poco tiempo atrás no ha estado apenas desarrollada y todos los intereses por impulsar el papel de la víctima en el proceso penal y por tanto también la mediación en este ámbito han llegado de instancias

supranacionales, normalmente europeas. Ahora vamos a hacer un repaso de las más significativas⁹⁸.

Encontramos como origen remoto la Carta de los Derechos Humanos (1945), que en su art 33, *se enumeran para la resolución de controversias “la negociación, la investigación, la mediación, la conciliación, el arbitraje, el arreglo judicial, el recurso a organismos o acuerdos regionales u otros medios pacíficos de su elección”*.

El punto de partida está en los años 80 está en el VI Congreso de la ONU para la prevención del delito y el tratamiento del delincuente, celebrado en Caracas, que recomendó a los Estados miembros directrices para el tratamiento de las víctimas. La séptima edición se celebró en Milán en 1985, en la que se recomendara a la Asamblea General publicar la declaración del cambio de posición en la doctrina. Fue un punto de inflexión en la que la víctima dejó de ser la gran olvidada, reconociéndose derechos de información, participación, protección, asistencia y reparación tanto a víctimas como a cercanos, de manera equitativa, mediante la devolución de bienes, pago por daños sufridos, gastos por victimización... sin exclusión que las leyes nacionales lo contemplen con una sanción penal. Cuando no fuese suficiente, contempla el resarcimiento por instituciones públicas.

- *Convención sobre la lucha contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes* (1984): art 14: “Todo Estado velara porque su legislación garantice a la victima... la reparación y el Derecho a una indemnización justa”.

- *Declaración de 1985 sobre los principios básicos de justicia para las víctimas del crimen y abuso de poder*, en la misma línea.

- *Resolución (77) 27, sobre indemnización de las víctimas del delito, adoptada por el Comité de Ministros el 28 de septiembre de 1977*. Es la antecesora al Convenio europeo sobre indemnización de las víctimas de delitos violentos (Estrasburgo, 1983). Establece cauces para indemnizar cuando el autor sea desconocido o no tenga suficientes medios, pidiendo a los Gobiernos que se facilite la indemnización como sustituta de la pena privativa de libertad.

⁹⁸ BARONA VILAR, S. *Mediación penal...*, op., cit., p. 212-224

- *Recomendación núm. (83) 7, de 23 de junio, del Comité de Ministros del Consejo de Europa*, en la que se aconseja a los estados miembros la descriminalización especialmente en jóvenes, sustituyendo la pena privativa de libertad por la reparación a la víctima.

- *Recomendación núm. R (85) 11 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la posición de la víctima en el marco del Derecho Penal y del procedimiento penal, del 28 de junio de 1985*. Recomienda examinar las ventajas de la mediación. La reparación puede imponerse como sanción penal, ejecutada como multa y con prioridad.

- *Resolución 16ª del VII Congreso de la OU de 1985 y las Reglas mínimas sobre medidas privativas de libertad o Reglas de Tokio, aprobadas por Resolución 45/110, de 1990, sobre restitución como una medida no privativa de libertad*.

- *Recomendación núm. R (87)21 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la asistencia a las víctimas y la prevención de la victimización de 17 de septiembre de 1987*. Recomienda a los estados a favorecer una ayuda urgente a las víctimas y familias, en especial a las más vulnerables, para afrontar las necesidades más inmediatas. También se refiere a los derechos de las víctimas, debiendo obtener reparación efectiva del propio delincuente, aseguradoras organismo público, a la vez que potencien servicios orientados a la asistencia a víctimas.

Se completaría con la *Recomendación núm. R(87)18, sobre simplificación de la Justicia Penal*. Aconseja sobre descriminalización e intervención mínima, simplificación de asuntos menores, apelando por acuerdos de compensación entre autor y víctima, al tiempo que introduzcan vías alternativas que permitan que el Ministerio Público pueda renunciar a la iniciación de un procedimiento penal o de poner término al ya iniciado por razones de oportunidad⁹⁹.

- *Recomendación núm R(92) 16 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre las reglas europeas sobre las sanciones y medidas aplicadas en la comunidad*. Las sanciones cumplidas en la comunidad evitan efectos negativos de la prisión, desarrollando sentimiento de responsabilidad con la sociedad y con la víctima.

⁹⁹ CUADRADO SALINAS, C., *La mediación: ¿una alternativa ... op., cit, p. 11*

- *Tratado de Ámsterdam* (1997), refiriéndose a la necesidad de llevar a cabo un estudio que comparase los sistemas de compensación para ver su viabilidad de cada a incluirlo a escala de Europa.

- El estatuto de la *Corte Penal Internacional* (Roma, 1998). Con disposiciones muy protectoras, como una dependencia para ellas en la Corte, su protección mediante sesiones a puerta cerrada, medios electrónicos, creación de un fondo fiduciario en su beneficio...

- En 1999, la *Comunicación al Consejo, Parlamento y Comité Económico y Social, sobre las víctimas de delitos en la UE. Normas y medidas*. Tratando la indemnización, prevención de la persecución, ayudas, su posición en el proceso, prevención de victimización secundaria y estudio de ventajas de la mediación penal. En esta línea, en Tampere se incluyó la conclusión de elaborar normas mínimas para la protección de víctimas de delitos e instauración de procedimientos extrajudiciales alternativos. Así, en Parlamento Europeo, en abril de 2000, asumía la aplicación del estatuto de la víctima, y sus derechos, entendiéndose que las ayudas no deberían ser sólo económicas.

- *Recomendación núm R (99)19 del Comité de Ministros del Consejo de Europa*, relativa a la mediación en materia penal y sus principios (voluntariedad, confidencialidad, regulación, autonomía frente al proceso...). Es uno de los más simbólicos junto con la Declaración de principios básicos de la ONU sobre el uso de la Justicia restaurativa de 1999.

- *Resolución 26/1999, de 28 de julio* sobre elaboración y aplicación de medidas de mediación y justicia restitutiva en materia de justicia penal.

- *Resolución de Naciones Unidas 53/243, de 6 de octubre de 1999, sobre la declaración y programa de acción sobre una cultura de paz*.

- *Resolución 14/2000 de 27 de julio, sobre los Principios básicos sobre la utilización de programas de justicia restaurativa en materia penal*.

- *Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal*. Como objetivo, la protección jurídica de los derechos de las víctimas, asistencia integral por medios especializados y organizaciones

de apoyo. Subrayar su art 10; “*procurarán impulsar la mediación en las causas penales para las infracciones que a su juicio se presten a este tipo de medida*” y “*velarán por que pueda tomarse en consideración todo acuerdo entre víctima e inculgado que se haya alcanzado con ocasión de la mediación en las causas penales*”.

Pretende armonizar legislaciones y otorgar n trato integro evitando soluciones parciales que generen victimización secundaria y garantizar un trato de equidad. Insiste en la información, participación, asistencia, protección y reparación/indemnización.

- *Libro Verde sobre indemnización a las víctimas de delitos, de 8 de septiembre de 2001, presentado por la Comisión a partir de las conclusiones del Consejo Europeo de Tampere.* Se marco como objetivo la indemnización por la Unión, medidas para evitar efectos injustos por diferentes modelos de indemnización y garantizar su acceso en situaciones transfronterizas.

-*Informe del Secretario General del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, de 7 de enero de 2002, sobre la reforma del sistema de justicia penal (justicia restaurativa).*

- *Principios básicos sobre el uso de los programas de Justicia Restaurativa en los procesos criminales, de 18 de abril de 2002.*

- *Resolución 2002/44, sobre el derecho a restitución, indemnización y readaptación de graves violaciones de derechos humanos y libertades fundamentales.* La mayoría de estas resoluciones están concatenadas y son el resultado de la búsqueda de potenciación de la justicia restaurativa.

- *Directiva Europea 2004/80/CE del Consejo, de 28 de abril de 2004, sobre indemnización a las víctimas de delitos.* Regula cooperación entre autoridades de los estados miembros, pudiendo dirigirse a una autoridad en su estado de residencia para solicitar la indemnización. También regulando aspectos en casos transfronterizos. En abril de 2009, se presentó un informe sobre s aplicación con las siguientes conclusiones:

- Los regímenes nacionales conceden una indemnización justa con un grado aceptable de cumplimiento en todos los estados.
- Opinó positiva del funcionamiento de los aspectos procesales, aunque los solicitantes son menos optimistas (procedimiento largo y complejo, barreras

lingüísticas...), por lo que la Comisión recomienda que este punto debería mejorarse.

- *Recomendación núm (2006) 8, de 14 de junio de 2006, sobre asistencia a las víctimas de las infracciones criminales.* Su anexo reemplaza a la Recomendación 21 y define víctima, victimización y secundaria, se encarga de la asistencia, papel de los servicios públicos, recursos, indemnizaciones...

Con todos estos instrumentos vemos que se ha querido potenciar la inclusión de la mediación y justicia restaurativa, ahora bien, gracias al estudio de GRAVIELIDES¹⁰⁰ podemos distinguir varios formatos en los que la mediación penal puede ser introducida en un ordenamiento jurídico. La opción elegida dependerá de la estructura del sistema de justicia, el nivel de tolerancia hacia el mismo por parte de la población o de la voluntad política:

- Independiente: la mediación se ofrece como una alternativa real al proceso penal, desviando el asunto de la vía procesal y concluyendo el asunto cuando se ha llegado a acuerdo. Un ejemplo es el ordenamiento jurídico holandés. El artículo 167 del Código Penal holandés otorga al Fiscal la facultad de desviar a la mediación asuntos en los que el interés público no se dirige al procesamiento y castigo del autor del hecho, sino a resolver el conflicto mediante una negociación y acuerdo entre las partes que reemplaza a cualquier respuesta penal al delito cometido. Usado normalmente para delincuencia leve en el ámbito de una comunidad o barrio.
- Relativamente independiente: se ofrece como parte integrante del sistema procesal y puede tener lugar en cualquier estado del proceso, siendo el asunto desviado a un mediador. Si la mediación es exitosa, puede reducir la condena del autor del hecho o archivar condicionalmente la acción penal; en estos casos la vía de la mediación no impide que el asunto sea judicializado. El ejemplo podría ser España, aunque todavía como experimento en algunos juzgados sin que esté regulado en la ley. También la encontramos en las jurisdicciones belga, alemana, austriaca e inglesa.

¹⁰⁰ GRAVIELIDES, T. *Restorative Justice Theory and Practice: Addressing the Discrepancy*, European Institute for Crime Prevention and Control, Helsinki, 2007.

Es en este último donde a través de la figura de la “*conditional caution*” se produce el archivo de la acusación si se ha desviado a un proceso de mediación y el daño ha sido reparado a la víctima. Así, en el Código de Práctica de la Fiscalía recoge que la mediación puede suponer el archivo condicional de la acción penal en los siguientes casos:

- Que exista una oportunidad para reparar o compensar el daño a la víctima, a la comunidad o al vecindario;
 - Que se aseguren ciertas condiciones de seguridad para la víctima, vecindario o comunidad, por ejemplo, alejamiento, prohibición de residir o de acercarse a determinados lugares;
 - Que el uso de la mediación tenga un impacto positivo y beneficioso para la comunidad;
 - Oportunidad para que el imputado realice trabajos a favor de la comunidad;
 - La posibilidad de imponer una multa como sanción por el delito cometido.
- Dependiente. se situaría en una línea junto al proceso penal, normalmente cuando el proceso ha concluido y la mediación es empleada en un contexto penitenciario.

3.8.- PRAXIS EN ESPAÑA

En el ámbito penal en nuestro país va por detrás del resto de los ordenamientos jurídicos¹⁰¹, de hecho, hasta las reformas del Código Penal del 2015 y del Estatuto de la víctima del delito, en el mismo año, estaba prácticamente vedado en este ámbito.

¹⁰¹ Así a nivel estatal se aprobó el Real Decreto-ley 5/2012 de 5 de marzo de *mediación en asuntos civiles y mercantiles* y posteriormente la Ley 5/2012, de 6 de julio de *mediación en asuntos civiles y mercantiles*. De igual modo hasta ese momento carecía de una ordenación general de la mediación y no la mediación penal no podía basarse en esta nueva regulación porque excluye, entre otras, la mediación penal en su art 2.

En España el impulso primigenio se dio a finales de la década de los noventa por diversas CCAA¹⁰², destacando las experiencias del País Vasco y Cataluña. Al igual, vino de la mano de órganos como el Consejo General del Poder Judicial y Fiscalía.¹⁰³

3.8.1.- Consejo General del Poder Judicial

Este órgano muestra especial interés en su implantación¹⁰⁴, tanto en el ámbito penal como en el resto de jurisdicciones, desarrollando intensa actividad de seminarios, formalización de convenios y protocolos con entes públicos.

¹⁰² De la misma manera que en otros ámbitos como el familiar, en el que con anterioridad a la Ley Estatal, 13 comunidades autónomas aprobaron sus propias leyes de mediación; Ley 1/2009, de 27 de febrero, reguladora de la Mediación Familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía; Ley 9/2011, de 24 de marzo, de mediación familiar de Aragón; Ley del Principado de Asturias 3/2007, de 23 de marzo, de Mediación familiar; Ley 15/2003, de 8 de abril, de la mediación familiar, modificada por Ley 3/2005 de Canarias; Ley de Cantabria 1/2011, de 28 de marzo, de Mediación de la Comunidad Autónoma de Cantabria; Ley 1/2015, de 12 de febrero, del Servicio Regional de Mediación Social y Familiar de Castilla-La Mancha; Ley 1/2006, de 6 de abril, de Mediación Familiar de Castilla y León; Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado; Ley 7/2001, de 26 de noviembre, Reguladora de la Mediación Familiar en el ámbito de la Comunidad Valenciana y Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven; : Ley 4/2001, de 31 de mayo, reguladora de la mediación familiar de Galicia; Ley 14/2010, de 9 de diciembre, de Mediación Familiar de las Illes Balears; Ley 1/2007, de 21 de febrero, de Mediación Familiar de la Comunidad de Madrid y Ley 1/2008, de 8 de febrero, de Mediación Familiar del País Vasco. Extraído de la web del CPGJ: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Normativa-y-jurisprudencia/Leyes-Autonomicas/>

¹⁰³ CANO SOLER, M^a A., *La mediación...*, op., cit., p. 105

¹⁰⁴ No obstante parece responder al fin de limitar el número de asuntos que conocen los tribunales más que al verdadero cometido de la mediación, como se clarifica al aludir que agilizaría la administración de justicia.

Como prueba a mayores, creó en 2009 la *Vocalía Delegada para el impulso y coordinación de la mediación*, bajo el apoyo técnico del Servicio de Planificación y Análisis de la Actividad Judicial. Un año después y como complemento, el Servicio de Inspección del CGPJ desarrolla labores de seguimiento e impulso de la mediación intrajudicial.¹⁰⁵

Para afianzar la mediación y potenciarla, puso en marcha el CGPJ un programa piloto en 2005 al que se han adscrito un gran número de Juzgados de Instrucción y de lo Penal. Esta labor se desarrolla por los órganos mencionados *supra*. El proyecto es denominado “*Justicia Restaurativa y Mediación Penal: análisis y valoración de las experiencias de Mediación Penal en la jurisdicción de adultos*”¹⁰⁶ y a día de hoy, los juzgados que remiten causas a mediación ha ido aumentando, hasta contar actualmente con 30 provincias con Juzgados¹⁰⁷ con mediación penal.

Otros ejemplos¹⁰⁸ del interés en la mediación los encontramos en:

- El *Libro Blanco de la Justicia*: aprobado el 8 de Septiembre 1997 y buscaba la potenciación tanto dentro como fuera del proceso, considerándola “una asignatura pendiente cuya aprobación no es posible retrasar”.
- El *Plan de Modernización de la Justicia*: aprobado el 12 de Noviembre de 2008.
- La *Hoja de Ruta para la modernización de la Justicia* de Noviembre de 2009, en la que recoge que es un instrumento eficaz tanto para los protagonistas como para los Juzgados al reducir su carga de trabajo.
- El *Informe sobre las principales actuaciones desarrolladas e ejecución del Plan de Modernización de la Justicia*, de 9 de Febrero de 2010.

¹⁰⁵ CANO SOLER, M^a A., *La mediación...*, op., cit., p. 107

¹⁰⁶ CANO SOLER, M^a A., *La mediación...*, op., cit., p. 108

¹⁰⁷ <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Organos-judiciales-que-ofrecen-mediacion/Mediacion-Penal/> : A Coruña, Alicante, Álava, Barcelona, Vizcaya, Burgos, Cádiz, Cuenca, Guipúzcoa, Girona, Granada, Huelva, Huesca, La Rioja, León, Lleida, Madrid, Málaga, Murcia, Navarra, Palencia, Salamanca, Sevilla, Tarragona, Teruel, Toledo, Valencia, Valladolid, Zamora y Zaragoza

¹⁰⁸ CANO SOLER, M^a A., *La mediación...*, op., cit., p. 109-111

- Las *Propuestas para reducir la litigiosidad*, informe aprobado por el Pleno del CGPJ el 28 de Junio de 2012.
- Memorias del CGPJ de los últimos años.

Aunque el CGPJ aconseja no configurar la mediación como un requisito obligatorio para emprender la acción judicial (al menos en el ámbito de la justicia de adultos), sí lo considera un medio alternativo idóneo para la solución de conflictos.

3.8.2.- La Fiscalía

Al igual que el CGPJ, es partidaria de la mediación penal como se demuestra al consultar las Memorias de la FGE y colabora con las Comunidades Autónomas y con otros organismos con los que ante la inexistencia de regulación legal suscribe convenios para fomentarla y regularla.

Como contrapartida, no es homogéneo su desarrollo, no se da en todas las Fiscalías de nuestro territorio¹⁰⁹ (sólo en 18) ni su valoración sobre la eficacia es igual.

En su Memoria del año 2009¹¹⁰ recalca que pese a la obligación de la UE por la Decisión Marco de 2001, la mediación sigue siendo una asignatura pendiente en nuestro país, como volverá a hacer en la Memoria del 2010.

Encontramos en las Memorias (y distanciándose aparentemente del principal motivo del CGPJ), el hincapié en la finalidad de la mediación, que es la reparación teniendo en cuenta la función reeducadora y reinsertadora de las penas privativas de libertad y la protección a la víctima. Se contempla no como una vía alternativa al proceso sino como un medio complementario dentro del proceso penal.

Una propuesta¹¹¹ interesante del fiscal de sala coordinador de Seguridad Vial Bartolomé Vargas, fue la de introducir la mediación previa al juicio oral para casos de accidentes de tráfico por acciones u omisiones de carácter leve con fallecimiento o lesiones graves, de manera que voluntariamente el causante como la víctima o sus familiares pueda

¹⁰⁹ CANO SOLER, M^a A., *La mediación...*, op., cit., p. 111

¹¹⁰ Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2009, p 882, (en adelante FGE).

¹¹¹ CANO SOLER, M^a A., *La mediación...*, op., cit., p. 113

hablar y llegar a un acuerdo. Para la Fiscalía, ofrecería a las partes *“una respuesta más humana[...]En definitiva, se trata de dar entrada a las víctimas, de escucharlas, de permitir al victimario mostrar su arrepentimiento y ofrecer sus disculpas”*.

En la Memoria de 2012¹¹² se reitera que debe estar en el seno del proceso judicial y mientras los profesionales con preparación específica actúen, el procedimiento penal quedaría suspendido a espera del resultado de la mediación. No se plantea como medio para disminuir la respuesta penal sino para reforzar los valores de prevención, reinserción y evitación de nuevos delitos y la víctima se sienta escuchada y obtenga reparación no solo económica sino también moral para una verdadera conciliación.

En la Memoria del año siguiente¹¹³, recalca sus beneficios y advierte de que es una necesidad ineludible no solo por la obligación impuesta¹¹⁴ por la UE, sino por los resultados en la práctica definiéndolas como *“experiencias alentadoras y fructíferas”*.

Por otro lado, se creó en 2007 la sección española del Grupo Europeo de Magistrados por la Mediación (GEMME) y actualmente lo componen más de 200 jueces, magistrados, fiscales, secretarios, mediadores y otros profesionales del ámbito de la mediación.¹¹⁵ Es una sociedad europea creada en Francia en 2004 con el fin de promover los sistemas alternativos de conflictos.

3.8.3.- Comunidades Autónomas

La implantación de la mediación penal correspondió en sus inicios a las Comunidades Autónomas.

Cataluña fue la primera, siguiendo Recomendaciones del Consejo de Europa (en concreto la Resolución 87/20, sobre las reacciones sociales ante la delincuencia juvenil) y otras de otros organismos internacionales la que configuró el primer programa de

¹¹² Memoria de FGE de 2012, p 24

¹¹³ Memoria de FGE de 2013, p 703

¹¹⁴ Por la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de Ministros que sustituye a la anteriormente mencionada Decisión Marco.

¹¹⁵ Su página web es www.gemme.eu

mediación en nuestro territorio, aunque en este caso lo circunscribió al ámbito de justicia de menores.

También es la pionera en la implantación en el ámbito de adultos y con desarrollado continuado desde 1998, aunque la primera comunidad con experiencia cronológicamente fue la Comunidad Valenciana en 1993.

Pese a que otras comunidades también han aportado estudios sobre el tema, es en Cataluña y País Vasco donde más se han consolidado, quizás por tener transferidas algunas competencias en Administración de Justicia y en materia de ejecución penitenciaria como afirman estudiosos como GARCÍA CERVIGÓN.¹¹⁶

3.8.3.1.-Cataluña

A).- Menores:

Como hemos señalado *supra*, el programa pionero fue en justicia de menores. Así en Mayo de 1990 comenzó el *Proyecto de conciliación-reparación a la víctima y servicios en beneficio de la comunidad*, adoleciendo al inicio de una legislación vigente sólida para los programas de mediación (Ley de Tribunales Tutelares de Menores de 1948) hasta la publicación de la LO 4/92, de 5 de Junio, regladora de las competencias y el procedimiento de los juzgados de menores.

Señalar que en sus inicios estaba orientada hacia el infractor, procurar su educación y socialización, por cuanto las víctimas pese a que fue considerada por primera vez como un actor más, por definición estaban apartadas sin ningún derecho a ser informadas o a ser representadas en actos judiciales.

B).- Adultos:

En Noviembre de 1998 se extiende a la población adulta la experiencia piloto a través del Programa de Mediación y Reparación Penal, consolidándose con la creación permanente del Servicio de Mediación Penal.

¹¹⁶ GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, J., “Experiencias de MP de adultos en España”, *Rivista di Criminologia, Vittimologia e Sicurezza*, Vol. 4, nº 3, Sep-Dic, p. 153.

Se inicia por solicitud de los interesados, sus abogados u de órgano judicial, fiscal, jueces u otros servicios que hayan intervenido en el caso. Puede presentarse en cualquier fase del procedimiento judicial (sólo están excluidos los tipos delictivos relativos a la violencia de género), aunque en la fase de ejecución de sentencia existen menos mediaciones.

3.8.3.2.-País Vasco

En esta comunidad se pone en marcha el primer programa piloto en 2007 en la localidad de Baracaldo con la colaboración de los órganos judiciales locales y la Fiscalía y en 2010 ya están consolidados estos programas en los cuatro partidos judiciales de la comunidad.¹¹⁷

Sin embargo y como contraposición a lo que sucede en Cataluña, no ha dado los resultados esperados en la práctica, según afirma la Fiscalía de la Comunidad Autónoma del País Vasco, ya que los mediadores, a pesar del protocolo de actuación suscrito, “no consideran imprescindible la intervención del fiscal desde la fase inicial, así como tampoco la función en defensa no solo de los derechos del imputado sino de la víctima del hecho”.¹¹⁸

Cuando el caso llega al Juzgado, éste puede derivarlo de oficio o a petición de las partes o el Ministerio Fiscal al Servicio de Mediación Intrajudicial, siendo voluntario y confidencial. También pueden pedir al SMI el seguimiento de acuerdos y de la reparación del daño.

En cuanto a los tipos penales, se admiten todos a excepción de la violencia de género y respecto a los que van a resolverse por juicios rápidos a priori tampoco, pero tras oír al MF y las partes, puede resolverse como diligencia previa y efectuar la mediación.

En resumen, pese lo citado sobre la decepción de lo esperado en la práctica, los datos muestran excelentes resultados sobre el grado de satisfacción de las víctimas y se incardina la mediación penal al beneficio de la víctima, sin perjuicio de las ventajas que

¹¹⁷ CANO SOLER, M^a A., *La mediación...*, op., cit., p. 124-125

¹¹⁸ CANO SOLER, M^a A., *La mediación...*, op., cit., p. 126

reporta al victimario y a la Administración de Justicia, aumentando el número de casos cada año¹¹⁹.

A).- Vía Nanclares¹²⁰

Con esto nos referimos a encuentros restaurativos entre presos terroristas disidentes y víctimas y familiares que habían sufrido la violencia terrorista de ETA en la cárcel de Nanclares de Oca (Álava) durante los años 2011 y 2012, a la par que ETA preparaba el anuncio del cese definitivo de la violencia.

Frente a la mayoría de los presos de ETA dispersos por las prisiones española (salvo País Vasco), cerca de 30 se agruparon en la prisión de Nanclares de la Oca (Álava) desde 2009 (luego en Zaballa) Se entiende que se han separado de la disciplina de la banda terrorista, han pedido perdón a las víctimas y manifestado su intención de reparar el daño causado¹²¹.

Estamos ante un caso especial, donde el resultado no era dar lugar a la impunidad, perdón, conciliación, olvido o reinserción de los presos, sino una intervención voluntaria para reparar el daño causado. Además, debían reunir ciertos requisitos:

- Respecto al victimario: rechazar el terrorismo, ausencia definitiva e incondicional de la violencia, reconocimiento del daño causado y se muestre dispuesto a reparar a las víctimas de algún modo. Además y a diferencia de lo que otros piensan, no obtuvieron beneficios penitenciarios.
- Respecto a las víctimas y familiares: respeto a la verdad, memoria, dignidad y justicia. Debe ser receptiva a la reparación no suponiendo perdón sino escuchar y ser escuchada.

El balance de la experiencia de esta mediación penitenciaria fue altamente positivo, tanto individualmente como a nivel social para sentar las bases de un futuro de paz y en convivencia eliminando odios.

¹¹⁹ Extraído de <http://www.justizia.net/mediacion-intrajudicial/texto?id=1290077285652>

¹²⁰ CANO SOLER, M^a A., *La mediación...*, op., cit., p. 130-135

¹²¹ Apuntes facilitados en clase por su autor Ricardo Mata Martín.

A modo de ejemplo del carácter positivo, en un acto de homenaje en Bilbao a las víctimas de ETA, asistieron dos ex etarras¹²².

No obstante, no estuvieron exentos de polémica y se celebraron en un ambiente hostil por ciertos partidos políticos y asociaciones, hasta que fueron cancelados.

3.8.3.3.- La Rioja

En el 2000 tuvo su primera experiencia en el ámbito de adultos. Aquí respecto a otras comunidades, la particularidad está en que es la Oficina de Atención a la Víctima la que realiza la valoración sobre si es susceptible o no derivar el caso a mediación, por poseer como señala SÁNCHEZ GORDILLO¹²³ mayor capacidad valorativa el equipo técnico de dicha oficina que el propio juzgador.

Sin embargo y a pesar de los excelentes resultados, el proyecto queda interrumpido hasta que se aprueba un convenio y se vuelve a poner en marcha, si bien con cierto retraso, quedando implantado en febrero de 2012. Ahora es el Juez quien deriva el caso aunque pueden proponerlo el fiscal o las partes.

3.8.3.4.- Comunidad de Madrid¹²⁴

En 1999 y con la colaboración entre el Ayuntamiento y la Asociación “Apoyo”, se puso en marcha un programa entre víctima y victimario drogodependiente.

Lo determinante para la selección no era tanto la gravedad del delito sino la situación personal y el recorrido vital del victimario, quedando patentes los beneficios tanto en reparación simbólica como en aceptación y empatía al conocer las carencias del victimario y el encontrar respuestas a preguntas que no habrían obtenido en el proceso penal, disminuyendo el miedo e inseguridad de la víctima.

¹²² Extraído de http://www.elperiodicodearagon.com/noticias/sociedad/dos-disidentes-eta-participan-homenaje-victima_901273.html

¹²³ SÁNCHEZ GORDILLO, L., *La Mediación Penal: caminando hacia un nuevo concepto de Justicia. Análisis y Evaluación de la experiencia piloto de l Comunidad de la Rioja*, Universidad de La Rioja, 2005, capítulo V, p.6.

¹²⁴ CANO SOLER, M^a A., *La mediación...*, op., cit., p. 138-142

A la vista de este éxito, en 2005 comenzó la experiencia de mediación penal en adultos con la colaboración del juzgado de lo penal nº 20 de Madrid, la Fiscalía del TSJ de Madrid y el CGPJ, con la participación de la Asociación de Mediación para la Pacificación de Conflictos de Madrid.

Al contrario que en otras comunidades, en principio se desarrolló para la fase de enjuiciamiento, después instrucción y enjuiciamiento de faltas y por último en 2007, para la fase de ejecución.

De nuevo se puso de manifiesto que lo importante no es el tipo de delito sino los aspectos subjetivos del hecho para las partes y las capacidades personales para participar.

Llama la atención la tasa de cumplimiento, cifrada en un 92% y que en más del 70% de las mediaciones con acuerdo, a mayores de cerrar el caso, los efectos positivos se extendían a otros procedimientos judiciales existentes entre los mismos actores.

3.8.3.5.- Castilla y León¹²⁵

En este territorio, el mayor problema es la falta de apoyo económico, que impide su desarrollo de forma estable, de forma que atiende muy pocos asuntos (26 en 2012).

Concluye que la mayoría de las víctimas tienen necesidades no pecuniarias (recibir una disculpa, compromiso de no delinquir por parte del victimario...). Así en 2012 el 98% de los acuerdos fue de reparación moral.

3.8.3.6.- Comunidad Valenciana¹²⁶

Es otro de los lugares donde primero se comenzó con experiencias piloto (en 1993), pero no tuvo continuidad por la falta de medios. Resaltar que el 66,66% de las víctimas elegía como resarcimiento el reconocimiento y cambio de conducta del infractor, por el 16% de la restitución económica.

¹²⁵ CANO SOLER, M^a A., *La mediación...*, op., cit., p. 142-143

¹²⁶ CANO SOLER, M^a A., *La mediación...*, op., cit., p. 143-145

En 2007 la experiencia se traslada a Alicante, asumido por el Juzgado de lo Penal nº2 de dicha ciudad y gracias a su Audiencia Provincial en colaboración con la Diputación y la Conserjería de Justicia.

Arrojó un 70% de acuerdos satisfactorios, incluso en violencia domestica (excluida violencia sobre la mujer), acoso sexual, lesiones e impago de pensiones alimenticias.

3.8.3.7.- Navarra¹²⁷

Comenzó a implantarse en 2006 y el servicio pese a ser sufragado por el Gobierno navarro, es prestado por la entidad privada ANAME. El proceso es voluntario, gratuito y enmarcado dentro del proceso penal.

El éxito se demuestra tanto en el incremento de casos remitidos cada año (en 2012 se tramitaron 191 solicitudes y en 2011, 145) como en el número de mediaciones con éxito que evita la celebración del juicio (81.8% e 2012). Los acuerdos conllevan principalmente una disculpa y en menor medida pagos pecuniarios, prohibiciones de acudir a ciertos lugares, reparaciones simbólicas... mostrando de nuevo que el verdadero interés no suele ser económico.

3.8.3.8.-Andalucía¹²⁸

El reconocimiento de su competencia está en la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, *de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía*¹²⁹, que reproduce el artículo 106-2º del estatuto de Cataluña.

¹²⁷ CANO SOLER, M^a A., *La mediación...*, op., cit., p. 145-146

¹²⁸ CANO SOLER, M^a A., *La mediación...*, op., cit., p. 146-147

¹²⁹ Artículo 150. Justicia gratuita. Procedimientos de mediación y conciliación. 1. Corresponde a la Junta de Andalucía la competencia para ordenar los servicios de justicia gratuita y de orientación jurídica gratuita. 2. La Junta de Andalucía puede establecer los instrumentos y procedimientos de mediación y conciliación en la resolución de conflictos en las materias de su competencia. Extraído de <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2007-5825>

En menores comenzó en 2002 y tiene contratos administrativos en todas sus provincias. En adultos comienzan varias experiencias en 2007 y dos años más tarde se crea el acuerdo con la Fundación Pública Andaluza Centro para la Mediación y el Arbitraje de Andalucía (Mediara).

La mediación en general y en particular la penal esta poco desarrollada debido a la falta de recursos y voluntad política. De nuevo, las pocas experiencias han puesto sobre la mesa que los acuerdos que más satisfacen son los de contenido moral, reconocimiento de hechos y petición de disculpas.

3.8.3.9.- Extremadura¹³⁰

De más reciente regulación, la Ley Orgánica 1/2011, de 28 de enero, *de reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Extremadura*¹³¹ también sigue las líneas del Estatuto de Cataluña.

La única iniciativa sita en Badajoz en 2012 mediante la firma de un convenio que no llegó a materializarse.

3.9.- LOS EFECTOS JURÍDICOS DE LA MEDIACIÓN PENAL SEGÚN LA FASE DEL PROCESO PENAL

Aunque en la mediación no existe un proceso formalmente establecido y reglado, se puede afirmar que consta de cuatro fases diferenciadas¹³²:

- Primera: cuando se produce la decisión de desviar el asunto a un programa de mediación. Esta decisión recae, normalmente, en los órganos integrantes del

¹³⁰ CANO SOLER, M^a A., *La mediación...*, op., cit., p. 147

¹³¹ Artículo 49 h “*Establecer los instrumentos y procedimientos de mediación y conciliación en la resolución de conflictos en las materias de competencia autonómica. En particular, se crearán servicios de mediación familiar*” Extraído de https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2011-1638

¹³² CUADRADO SALINAS, C., *La mediación: ¿una alternativa ...* op., cit, p. 13-14

sistema de justicia y puede tener lugar en cualquier fase del proceso penal. Por ello, es la asunción de la responsabilidad por parte de su autor.

- Segunda: cuando el mediador contacta con las partes y se les ofrece la posibilidad de seguir un programa mediación. El mediador recibe la información sobre el delito cometido y crea una agenda de trabajo.
- Tercera: da comienzo con la primera reunión informativa a la que asisten víctima y ofensor. La estructura del procedimiento a partir de aquí varía dependiendo de las circunstancias concretas de cada caso.
- Cuarta: preparación del informe del mediador y su entrega a la autoridad competente.

Esto con carácter general, pero según la fase en la que se produzca dará diferentes resultados.

3.9.1.- Fase de Instrucción

En este momento procesal la reparación del daño a la víctima adquiere gran relevancia en cuanto a las consecuencias jurídico-penales que atesora.

Llegar a un acuerdo de reparación del daño a través de la mediación puede llevar la aplicación de la atenuante genérica del artículo 21-5º de nuestro Código Penal, que reza como circunstancia atenuante *“la de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral”*.

Sin embargo, la intensidad de esta rebaja irá en relación con la valoración del tribunal en cuanto a si la considera como atenuante simple o muy cualificada, en relación con el desarrollo del proceso y otras circunstancias, hará que se imponga la pena en su mitad inferior o se degrade en uno o dos grados (art. 66-1-1º y 66-1-2º).

Si nos centramos en los delitos que sólo son perseguibles a instancia de parte, tales como los delitos de descubrimientos y revelación de secretos (art 201 CP), injurias y calumnias (art 215 CP), daños por imprudencia grave en cuantías superiores a 80.000€

(art 267)... la mediación que dé lugar a la conciliación con la víctima o su reparación del daño puede dar lugar al perdón del ofendido¹³³.

Con la reforma reciente introducida por la LO 1/2015 de 30 de marzo, los acuerdos durante la fase de instrucción y la previa a ésta cobran aún más importancia, siempre que se trate de delitos leves, por dos razones¹³⁴:

- Cuando el delito sea leve de muy escasa gravedad, requiere como regla general la denuncia previa del damnificado (salvo en violencia de género y doméstica). Por lo tanto, el acuerdo en mediación puede evitar la denuncia y el inicio del proceso penal o puede en su caso provocar el sobreseimiento y archivo si ya se había iniciado (art 963.1-1º, 964.1 y 965.1-1º de la LECr tras su reforma).
- En delitos leves de muy escasa gravedad y no exista interés público relevante en su persecución, se podrá, aun cuando se haya iniciado de oficio acordar su sobreseimiento y archivo.

Otra figura jurídica que permite la articulación procesal de la mediación antes de la apertura del juicio oral es la conformidad, reglada en los artículos de la LECr 784-3, 787 y 801, que permiten una sentencia de conformidad con el escrito de acusación.

¹³³ Ya que según el art 130-5º, la responsabilidad criminal se extingue *“Por el perdón del ofendido, cuando se trate de delitos leves perseguibles a instancias del agraviado o la ley así lo prevea. El perdón habrá de ser otorgado de forma expresa antes de que se haya dictado sentencia, a cuyo efecto el juez o tribunal sentenciador deberá oír al ofendido por el delito antes de dictarla.*

En los delitos contra menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección, los jueces o tribunales, oído el Ministerio Fiscal, podrán rechazar la eficacia del perdón otorgado por los representantes de aquéllos, ordenando la continuación del procedimiento, con intervención del Ministerio Fiscal, o el cumplimiento de la condena.

Para rechazar el perdón a que se refiere el párrafo anterior, el juez o tribunal deberá oír nuevamente al representante del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección”.

¹³⁴ CANO SOLER, M^a A., *La mediación...*, op., cit., p. 173

Sin embargo, se suele pactar entre abogado defensor y Ministerio Fiscal, o oyéndose por lo general a la víctima ni al infractor, algo que como sabemos no tiene nada que ver con una mediación.

3.9.2.- Fase posterior a la sentencia y previa a la ejecución

Durante esta fase, un acuerdo válido de mediación con acuerdo puede otorgar la suspensión y antiguamente la sustitución de la pena privativa de libertad, regulado en los artículos 80 y siguientes del Código Penal.

3.9.2.1.- Suspensión de la pena privativa de libertad

Prevé la posibilidad de que el juez pueda condicionar la suspensión de la pena a la participación en *“programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual, de defensa del medio ambiente, de protección de los animales, de igualdad de trato y no discriminación, y otros similares¹³⁵”*, así como en *“programas de deshabitación al consumo de alcohol, drogas tóxicas o sustancias estupefacientes, o de tratamiento de otros comportamientos adictivos¹³⁶”* y cumplir *“los demás deberes (podría entrar aquí la reparación de la víctima) que el juez o tribunal estime convenientes para la rehabilitación social del penado, previa conformidad de éste, siempre que no atenten contra su dignidad como persona¹³⁷”*.

Para todo ello se requiere haber satisfecho las responsabilidades civiles originadas, salvo que el tribunal, una vez oídos los interesados y el Ministerios Fiscal declare la imposibilidad total o parcial de que el condenado las pudiese llevar a cabo¹³⁸.

Además, *“para adoptar esta resolución el juez o tribunal valorará las circunstancias del delito cometido, las circunstancias personales del penado, sus antecedentes, su conducta posterior al hecho, en particular su esfuerzo para reparar el daño causado, sus circunstancias familiares y sociales, y los efectos que quepa esperar de la propia*

¹³⁵ Artículo 83.1-6° CP

¹³⁶ Artículo 83.1-7° CP

¹³⁷ Artículo 83.1-9° CP

¹³⁸ CANO SOLER, M^a A., *La mediación...*, op., cit., p. 174

suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas”¹³⁹. Esto facilita la incorporación del acuerdo de mediación al proceso si éste deriva intereses por parte del condenado al cumplimiento de sus responsabilidades.

3.9.2.2.- Antigua sustitución de la pena privativa de libertad

A modo de apunte hablaremos de este punto. El artículo 88 que lo regulaba antaño ha sido suprimido, pero hacía hincapié en poder sustituir previa audiencia de las partes, las penas de prisión no excedentes a uno o dos años, según el caso, por multa o trabajos en beneficio de la comunidad o por localización permanente las penas que no excedan de 6 meses de prisión cuando (entre otras) cuando la conducta del reo y en particular *el esfuerzo para reparar el daño causado así lo aconsejen*¹⁴⁰.

Dejando atrás esto, la LO 1/2015 de 30 de marzo incorpora dos importantes novedades en el artículo 84:

- El juez o tribunal podrá condicionar la suspensión de la ejecución de la pena al cumplimiento del acuerdo alcanzado por las partes en virtud de mediación (artículo 84.1-1º).

Por primera vez en el ámbito jurídico penal se recoge el término mediación expresamente y además se le dota de efectos jurídicos directos, así, los acuerdos alcanzados en mediación podrán ser transpuestos en el proceso penal y podrá el victimario beneficiarse por ello, hasta el punto de no cumplir la pena de la sentencia impuesta¹⁴¹.

- El juez podrá acordar como sustitutivo de la pena, el pago de una multa o la realización de trabajos en beneficio de la comunidad, como antes de la reforma. El cambio está en que en este último supuesto se atenderá a que sea adecuado para la reparación simbólica a la vista de las circunstancias del autor y del hecho (art 84.1-3º CP). De esta manera, se destacan los efectos jurídicos de la reparación simbólica y facilita la incorporación de los acuerdos de mediación que no se basen en un acuerdo puramente económico.

¹³⁹ Artículo 80.1, párrafo 2º CP

¹⁴⁰ Suprimido Artículo 88.1 párrafo 1º CP

¹⁴¹ CANO SOLER, M^a A., *La mediación...*, op., cit., p. 176

3.9.3.- Fase de ejecución

En esta fase, la mediación puede servir para beneficios penitenciarios al preso, tales como la libertad condicional (art. 90 y ss. del CP), el indulto, el tercer grado penitenciario u otros beneficios.

Entre otros requisitos, el art 90.1 exige que se haya observado buena conducta, además, para resolver sobre el asunto *el juez de vigilancia penitenciaria valorará la personalidad del penado, sus antecedentes, las circunstancias del delito cometido, la relevancia de los bienes jurídicos que podrían verse afectados por una reiteración en el delito, su conducta durante el cumplimiento de la pena, sus circunstancias familiares y sociales y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución.*

Otro punto interesante sería el del art 90.2 CP, sobre todo desde la posición de la víctima, en la que aparte de haber *desarrollado actividades laborales, culturales u ocupacionales*, es necesario que acredite *la participación efectiva y favorable en programas de reparación a las víctimas o programas de tratamiento o desintoxicación, en su caso.*

En cuanto a la Ley Orgánica General Penitenciaria, cobra importancia el artículo 72.5 que establece que *“la clasificación o progresión al tercer grado de tratamiento requerirá, además de los requisitos previstos por el Código Penal, que el penado haya satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito, considerando a tales efectos la conducta efectivamente observada en orden a restituir lo sustraído, reparar el daño e indemnizar los perjuicios materiales y morales; las condiciones personales y patrimoniales del culpable, a efectos de valorar su capacidad real, presente y futura para satisfacer la responsabilidad civil que le correspondiera [...]”*.

Hasta ahora nos hemos referido al encaje que se podría hacer con la mediación cuando la ejecución de la pena haya sido una privativa de libertad, pero no hay que olvidar que existen otras penas, como la de trabajos en beneficio de la comunidad en la que también cobra especial interés la mediación penal.

Así, el CP dispone que estos trabajos en beneficio de la comunidad pueden consistir *“en labores de reparación de los daños causados o de apoyo o asistencia a las víctimas, así*

como en la participación del penado en talleres o programas formativos o de reeducación, laborales, culturales, de educación vial, sexual y otros similares”¹⁴².

Este apartado ha sido introducido, favoreciendo tanto a la víctima¹⁴³ como al penado¹⁴⁴.

La pena del trabajo en beneficio a la comunidad posee gran capacidad reparadora, en especial frente a una colectividad, ya que cuando el delito afecta a una víctima individual la reparación puede poseer mayor fuerza simbólica. El problema es que la práctica queda lejos de estos fines por no poseer para su ejecución los medios suficientes, al ser contemplada como pena de obligado cumplimiento (pese a requerir su consentimiento) da lugar a numerosos incumplimientos de condena... Con esta deficiente implantación se ha perdido una oportunidad de mejora del tratamiento a la víctima (por ser reparada), al infractor (por ser resocializado) y la sociedad (al mejorar la comunidad en general)¹⁴⁵.

¹⁴² Artículo 49 CP

¹⁴³ Como vemos en la primera parte del artículo, dota de contenido reparador a la víctima, y es introducido por la LO 15/2003, de 25 de noviembre.

¹⁴⁴ Ahora nos referimos a la segunda parte, que fue introducida por la LO 5/2010, de 22 de Junio, que aporta contenido resocializador.

¹⁴⁵ CANO SOLER, M^a A., *La mediación...*, op., cit., p. 178-179

4.- CONCLUSIONES Y REFLEXIÓN FINAL

A la vista de lo expuesto se pueden extraer ciertas conclusiones:

1.- La Administración de Justicia que opera en la actualidad no responde a su finalidad, prima en demasía la retribución y la neutralización del delincuente en vez de preocuparse por los fines constitucionales otorgados a la pena, tales como la resocialización y rehabilitación. Estos fines serían más fácilmente alcanzables mediante el uso de métodos de justicia restaurativa.

2.- De igual modo es insuficiente para las necesidades de las víctimas, a las que se las aparta de su propio proceso, creando además del ya sufrido daño o victimización primaria, sentimientos de abandono y frustración propios de la victimización secundaria.

3.- La Constitución, como Ley de leyes, debe imperar al Estado a adoptar las medidas necesarias conducentes a hacer efectiva la Administración de Justicia. De este modo, se pueden incorporar métodos como los hablados en este trabajo de modo complementario, controlados por los tribunales, formando parte del *ius puniendi* estatal.

4.- La Justicia Restaurativa se centra en las necesidades de la víctima y del victimario. A la primera le otorga una reparación más justa y adecuada y al segundo una gran posibilidad para resocializarse, a la par que brinda el poder participar activamente mediante el diálogo y la escucha dirigidos por un tercero imparcial y profesional.

5.- Para su introducción, se requiere tiempo, recursos, difusión y sobretodo formación en valores, puesto que es un cambio de paradigma que entiende la justicia de forma distinta a la actual, basada en la retribución.

Así, educando en la responsabilidad por los propios actos, la empatía y la resolución de los problemas mediante el dialogo, hará que no sea un automatismo delegar en terceros para la resolución de cualquier conflicto y de este modo evitar la excesiva judicialización.

6.- Tanto la Justicia Restaurativa como la Mediación penal ayudan a la prevención especial y prevención general.

7.- La mediación penal es la herramienta de Justicia Restaurativa que mejor aplicación presenta a mi juicio, destacando de manera especial la protección y empoderamiento a la víctima.

8.- Pese a ser impulsada con bastante fuerza en los últimos años desde instituciones europeas, España lleva cierto retraso en su implementación.

La contempla la legislación penal de menores, pero focalizando más la educación del joven infractor que la reparación de la víctima.

Hasta hace poco, en el Derecho Penal de adultos sólo se contemplaba para prohibirla en materia de violencia doméstica y de género por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

Con la entrada del nuevo Código Penal en 2015 se da cabida al principio de oportunidad mediante la mediación penal para delitos leves de muy escasa gravedad, pudiendo condicionar la suspensión de la ejecución de la pena por el cumplimiento del acuerdo alcanzado en mediación. También es referida en Ley 4/2015 de 27 de abril del Estatuto de la Víctima del Delito, siguiendo la tan mencionada Directiva del 2012 por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos.

El problema es que su incorporación no responde, como sucede en el ámbito de menores, a la protección de la víctima, sino al descongestionamiento de trabajo de los tribunales. De igual modo, la repercusión de la mediación en la práctica se antoja complicada debido a que esta Ley 4/2015, de 27 de abril, impone ausencia de dotación de medios.

9.- Con anterioridad a estas modificaciones, se practicaba pese a falta de regulación expresa de igual modo, mediante experiencias pilotos orquestadas e introducidas por organismos autónomos y por el propio Consejo General del Poder Judicial, con la colaboración de todos los agentes operantes en su ámbito.

Gracias a las reformas, se favorece la incorporación del acuerdo, al menos para los mencionados delitos leves y otorgando la categoría de derecho de la víctima el acceso a los servicios de justicia restaurativa.

10.- Aunque es cierto que estas experiencias impulsan la mediación, al depender tanto de la voluntad de las Fiscalías de cada territorio, hace que su implementación sea muy desigual.

11.- Deben implantarse oficinas de mediación institucionalizadas dotadas de medios públicos.

12.- La mediación es compatible y complementaria al sistema judicial y a sus principios, contribuyendo a los derechos y garantías tanto de la víctima como de los infractores. Consigue garantizar el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y demás derechos penales a la vez que evita la victimización secundaria de la víctima, siendo ésta un importante escollo para adentrarse en un proceso penal.

A través del cumplimiento de los principios de la mediación penal (voluntariedad, confidencialidad, gratuidad, flexibilidad, igualdad, neutralidad, imparcialidad, independencia..) quedan garantizados los derechos procesales de ambas partes.

13.- Para continuar con la implantación de la Justicia restaurativa en general y la mediación penal en particular, se deben continuar reformando leyes penales y procesales, que si bien, en parte se ha hecho, es necesario una regulación específica para la mediación y una Ley de Enjuiciamiento Criminal que incorpore el principio de oportunidad y valores restaurativos.

14.- En lo que se efectúan estas reformas, la aplicación de la mediación se logra mediante el reconocimiento de la reparación del daño a la víctima (art 21-5º CP), con determinados efectos jurídico-penales para el infractor pero no para la víctima, ignorándola y surtiendo efectos legales independientemente de los efectos que surta sobre la víctima.

15.- Puesto que el delito perjudica tanto a la víctima como a la sociedad, la reparación debe abarcar también a esta última.

16.- Las prácticas llevadas a cabo demuestran que no solo no es contraproducente respecto a los derechos y garantías sino que los refuerza, resultando beneficioso a ambas partes.

17.- No debe ser instrumentalizada. Se debe evitar su utilización genérica sin valorar características y necesidades de las partes en orden de descargar de trabajo a los tribunales.

18.- Al no ser un método adversarial y ser una resolución pacífica, no hay vencedores ni vencidos.

19.- El grado de cumplimiento voluntario es muy alto en la práctica, al haber sido querido y buscado, provocando mayor aceptación que si debiesen cumplir algo impuesto.

20.- La mediación se caracteriza por su sencillez, su bajo coste económico (aunque no tanto a corto plazo) y rapidez, reduce plazos en términos de tiempo y trabajo y ayuda a focalizar el esfuerzo a los tribunales de delitos más graves.

21.- Focaliza el Derecho Penal mínimo y humaniza la Justicia.

22.- No es una privatización del Derecho Penal porque no disponen las partes de cuestiones de Derecho Público, valorando los jueces la responsabilidad penal del infractor. Únicamente se limitan a resolver los perjuicios del delito que han tenido lugar en el ámbito privado de las partes (daño material y psicológico).

22.- La experiencia en los programas piloto demuestra que contribuye la mediación penal a elevar el grado de satisfacción de las víctimas a la par que disminuyen su victimización.

La participación directa y escucha de ambas partes, la orientación hacia la reparación, la responsabilización activa del victimario y el apoyo social es apreciado por la víctima, además de incidir en la prevención de la criminalidad.

Muchas víctimas denuncian para ser reparadas y resarcidas antes que como venganza y castigo hacia su victimario, a la vez que un número de éstos buscan verdaderamente reparar el daño que han causado. En estos casos, la justicia ordinaria no daría verdadera solución a ninguna de las partes.

De esta manera satisface ambos intereses, resarce el daño a la sociedad y mejora la imagen de la Justicia ante los ciudadanos.

23.- No es la panacea. No vale para todos los casos y tiene defectos en la práctica que deben ser subsanados y riesgos que deberán ser seriamente controlados.

5.- BIBLIOGRAFIA

ADAMS, A., “*Restorative Justice, Responsive Regulation, and Democratic Government*”, *Journal of Sociology and Social Welfare*, Marzo 2004, vol. 31, nº 1

ARRONA PALACIOS, A. “La influencia de la victimología en la justicia restaurativa y los programas de mediación”, *Quadernos de Criminología: Revista de Criminología y Ciencias Forenses*, 2012, núm. 16

BARONA VILAR, S., “Mediación penal: un instrumento para la tutela penal” *Revista del Consejo General del Poder Judicial*, nº 94, 2012

BARONA VILAR, S. *Mediación penal; fundamento, fines y régimen jurídica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011

BELLOSO MARTÍN, N., “Mediación penal ¿beneficios reales o potenciales?”, p. 23. *Criminología y Justicia*, titulada *Una mirada hacia la Justicia Restaurativa. Recuperando el derecho perdido*, nº 4 Marzo 2012

BERND-DIETER MEIER, “*Restorative Justice-A New Paradigm in Criminal Law?*”, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, vol. 6/2, 1998

CANO SOLER, M^a A., *La mediación penal*, Aranzadi, Pamplona, 2015

CID MOLINÉ, J., “*Medios alternativos de solución de conflictos y Derecho Penal*”, *Revista de Estudios de la Justicia*, nº 11, 2009

Conclusiones del I Congreso Internacional sobre Justicia Restaurativa y Mediación Penal: dimensiones teóricas y repercusiones prácticas. Servicio de Mediación Penal de Castilla y León (Burgos). Burgos 4 y 5 de Marzo de 2010

CRESPO DE PABLO, J.M. y MORETÓN TOQUERO A., “El derecho a la tutela judicial efectiva y la implantación de la mediación penal en España”, *Revista peruana de ciencias penales*, nº 25

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

DOMINGO DE LA FUENTE, V., en Blog *La otra Justicia*. 22 de Mayo, 2013

DOOLIN, K., “*But What Does It Mean? Seeking Definitional Clarity in Restorative Justice*”, *Journal of Criminal Law*, vol. 71, 2006-2007

EGLASH, A., *Beyond Restitution: Creative Restitution*. Lexinton Books, EEUU, 1977

FÁBREGA RUIZ, C. y SÁEZ VALCARCEL, R., “La víctima y la mediación penal” *Documento ideológico sobre Mediación Penal*, Cuadernos Digitales de Formación, v. 60. CGPJ 2010

GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, J., “Experiencias de MP de adultos en España”, *Rivista di Criminologia, Vittimologia e Sicurezza*, Vol. 4, nº 3, Sep-Dic

GORDILLO SANTANA, L., *La justicia restaurativa y la mediación penal*, Iustel, Madrid, 2007

GRAVIELIDES, T. *Restorative Justice Theory and Practice: Addressing the Discrepancy*, European Institute for Crime Prevention and Control, Helsinki, 2007

JIMENO BULNES, M., “¿Mediación penal y/o justicia restaurativa? Una perspectiva europea y española”, *Diario La Ley*, 2015

LOGAN, C., “*Restorative Justice: Encouraging More Meaningful Engagement with the Criminal Justice System*”, *University College Dublin Law Review*, vol. 13, 2013

MARSHALL, T.F., *Restorative Justice. An Overview*

MATA MARTÍN, R. “La mediación penitenciaria”. Apuntes facilitados en clase por su autor

MONTERO HERNANZ, T., “El principio de intervención mínima en la legislación penal juvenil española”, 2012

MONTERO HERNANZ, T., “La Mediación Penal Juvenil”. Apuntes facilitados en clase por su autor

ORTUÑO MUÑOZ J.P., y HERNÁNDEZ GARCÍA, J., *Sistemas alternativos a la resolución de conflictos (ADR): la mediación en las jurisdicciones civil y penal*. Fundación Alternativas 2007

RÍOS MARTÍN, J.C., *Justicia Restaurativa y Mediación Penal. Una apuesta por el dialogo y la disminución de la violencia*

RUIZ RICO Y RUIZ MORÓN, J. y OROZCO PARDO, G., “La mediación familiar en el derecho español (especial referencia a la ley andaluza 1/2009, de 27 de febrero), *Revista Mediara* 1. Cuadernos. Septiembre 2012

SÁNCHEZ GORDILLO, L., *La Mediación Penal: caminando hacia un nuevo concepto de Justicia. Análisis y Evaluación de la experiencia piloto de l Comunidad de la Rioja*, Universidad de La Rioja, 2005, capítulo V

SHAPLAND, J. (et al.), “*Situating Restorative Justice Within Criminal Justice*”, *Theoretical Criminology*, vol. 10 (4), Sage Publications, 2006

TAMARIT SUMALLA, J.P. “El necesario impulso de la justicia restaurativa tras la Directiva europea de 2012”, *Ars iurs salmanticensis*, 2013, vol.1

VAN NESS, D.W., “*An Overview of Restorative Justice Around the World*”, *Report Enhancing Justice Reform, Including Restorative Justice*, de 22 abril de 2005