



Universidad Internacional de La Rioja
Máster Universitario en ejercicio profesional de la
abogacía

Mediación penal y justicia restaurativa en adultos.

Trabajo de fin de máster presentado por: Carme Veloso Iglesias

Titulación: Máster en ejercicio profesional de la abogacía

Área jurídica: Derecho Procesal

Director/a: Francisco Javier Hernández Suárez-Llanos

Ciudad: Vedra

5 de diciembre de 2019

Firmado por: Carme Veloso Iglesias

Índice

ABREVIATURAS Y SIGLAS	5
RESUMEN Y PALABRAS CLAVE	6
INTRODUCCIÓN	7
I. PRINCIPIOS DE LA MEDIACIÓN	8
1. Principio de oportunidad	8
2. Principio de voluntariedad	11
3. Principio de confidencialidad	11
4. Principio de neutralidad	13
5. Principio de flexibilidad	14
6. Principio de oficialidad	15
II. PARTICIPANTES EN LA MEDIACIÓN PENAL	16
1. La víctima	16
2. El victimario	20
3. El mediador	21
4. El papel del Ministerio Fiscal	25
5. Sujetos especiales	28
5.1. Personas jurídicas	28
5.2. Víctimas de violencia de género	30
5.3 Drogodependientes	31

6. Otros sujetos	32
6.1. Los letrados de las partes	32
6.2. Los familiares	33
6.3. La comunidad y la sociedad	33
III. DELITOS SUSCEPTIBLES DE SOMETIMIENTO A	
MEDIACIÓN PENAL	34
1. Delitos leves, menos graves y graves	34
2. Elegibilidad en función de los sujetos	35
3. Especial mención a los delitos de violencia de género	37
IV. EFECTOS DE LA MEDIACIÓN PENAL	39
1. En las partes	39
1.1. El efecto restaurativo	39
1.2. La responsabilidad criminal	41
2. Eficacia procesal	43
V. LA CONVENIENCIA DE UNA LEY DE MEDIACIÓN	
PENAL	45
1. Estado actual de la cuestión.	45
2. La necesidad de una norma completa	46
1.1. Sujetos especiales.	46
1.2. Mediación en las distintas fases del proceso	47
1.2.1. Mediación extrajudicial	47
1.2.2. Mediación intrajudicial	48

1.2.3. <i>Mediación en la fase de ejecución de la pena.</i>	48
1.3. Establecimiento de protocolos comunes de actuación	49
VI. CONCLUSIONES	51
VII. BIBLIOGRAFÍA	55
VIII. FUENTES	57
1. Normativas	57
2. Jurisprudenciales	61

ABREVIATURAS Y SIGLAS

ADR	Alternative Dispute Resolution
ATS	Auto del Tribunal Supremo
Art.	Artículo
CE	Constitución Española
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
Coord.	Coordinador
Dir.	Director
LECRIM	Ley de Enjuiciamiento Criminal
Núm.	Número
Rec.	Recurso
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
STS	Sentencia del Tribunal Supremo

RESUMEN Y PALABRAS CLAVE

El presente trabajo versa sobre el método de justicia restaurativa de mediación penal, en concreto cuando se desarrolla entre adultos. El auge en los últimos tiempos de la mediación en todos los ámbitos se aprecia en la proliferación de normas que regulan este mecanismo, tanto a nivel nacional como europeo e internacional, sobre todo cuando se trata de instrumentos normativos que protegen los derechos de las víctimas. No obstante, el legislador español aún no ha mostrado siquiera indicios de hacerlo en materia penal de adultos. En las siguientes páginas se realiza un análisis actual de esta cuestión y se culmina con los aspectos que debería incluir una Ley de Mediación Penal.

Palabras clave: mediación penal, justicia restaurativa, víctima, mediador.

This Masters dissertation analyses the restorative justice method of criminal mediation, in particular when the parties are adults. The increase of mediation in all areas in recent years is noticeable with the proliferation of laws about this mechanism, both national and European and international, especially on normative instruments protecting the rights of the victims. Nevertheless, Spanish lawmakers have not still showed evidence of doing it in criminal adult law. An analysis on the question will be presented on the following pages, to conclude with the key elements that a Law on Criminal Mediation should include.

Keywords: criminal mediation, restorative justice, victim, mediator.

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo versa sobre la mediación penal y la justicia restaurativa en adultos, que se incardina en los ADR o mecanismos de resolución extrajudicial de conflictos, y que están en auge en los últimos años. Estos mecanismos de resolución extrajudicial abarcan, aparte de la mediación, la conciliación, conferencias grupales y círculos sentenciadores. Todos estos tienen en común el fin de justicia restaurativa, un nuevo paradigma en la concepción de la justicia penal. En este nuevo pensamiento se supera la idea de justicia retributiva dando protagonismo a las partes en conflicto, en especial a la víctima.

El objeto de este trabajo es realizar un análisis de las características del proceso de mediación en adultos, y de identificar la fase de desarrollo en el que se encuentra en nuestro país, así como la posible implantación de este método alternativo de resolución de conflictos a través de una norma que regule pormenorizadamente la mediación penal. Se ha elegido la mediación penal con adultos ya que esta se encuentra en una situación de anomia manifiesta, producto de las desidias de poder legislativo. Esta situación se ha convertido en una discriminación palmaria, ya que en materia de responsabilidad penal del menor hace casi la friolera de veinte años que se ha introducido este método en la Ley Orgánica 5/2000 de 12 de enero reguladora de la Responsabilidad Penal del Menor. Asimismo, la ausencia de una normativa nacional que regula la mediación penal de adultos motiva que la sociedad vea con desconfianza este mecanismo, considerando incluso que pueda ser un método ilegal de resolución de conflictos al no tener amparo en ningún instrumento interno.

Los métodos alternativos de resolución de conflictos, entre ellos la mediación, han ido adquiriendo en los últimos tiempos una mayor relevancia en la solución de litigios, sobre todo en los de materia civil. Uno de los factores clave para ello es la ralentización de la justicia por el colapso de los juzgados, que en muchos casos se debe a delitos leves. Se considera que estos deben atender solo los casos graves que realmente necesitan de atención, y que los casos con menos peso pueden solucionarse por otros métodos. No se trata de sustraerse de la justicia penal y convertir el enjuiciamiento de delitos leves en meros procesos administrativos, sino en alcanzar una solución satisfactoria para ambas

partes que sea homologada judicialmente, y bajo unas normas definidas para garantizar los derechos y garantías procesales penales de ambas partes.

No obstante, la regulación en materia penal es prácticamente inexistente, con leves pinceladas dispersas en el ordenamiento jurídico. Ello a pesar de que se ha constatado que en muchos casos la vía penal tradicional ha sido un fracaso en varios los aspectos. En primer lugar, para la víctima, quien no se ha visto reparada en los perjuicios sufridos, y contempla cómo la pena impuesta al culpable de esos daños lo conduce a la reincidencia. En segundo lugar, el penado, a quien el castigo penitenciario ha provocado un empeoramiento contaminándose de nuevos comportamientos delictuales, y alcanzado un resultado contrario al que se pretendía con su ingreso en prisión que no era otro que la resocialización. Y en tercer lugar, para la sociedad en general, que es consciente de estos acontecimientos y vive atemorizada, ante lo que reacciona saliendo a las calles para reclamar un cambio, y muchas veces un endurecimiento de las penas. Esta preocupación general porque el sistema de reinserción y resocialización de los penados no sea eficaz, es agravada por los medios de comunicación, quienes en los últimos tiempos han puesto de moda la mediatización.

La mediación comparte los objetivos que el Código Penal, de intento de resocialización del ofensor, y de reparación de la víctima, y va más allá exigiendo la reparación efectiva de la esta y el arrepentimiento del infractor. En palabras de HEREDIA PUENTE (2009, p.2) «La mediación es como el viaje a Itaca de Kavafis en que lo importante es la dinámica del camino más que el resultado final que es un mero complemento secundario del mismo.» Así, tanto si es exitoso como si fracasa, el proceso mediador va a reportar ventajas psicológicas a ambas partes, y al menos, como protagonistas tendrá derecho a ser oídas.

I. PRINCIPIOS DE LA MEDIACIÓN

1. Principio de oportunidad

La intención del legislador de paliar la situación de anomia, en cuanto a aplicación de la mediación a la solución de controversias en materia penal en adultos, es inexistente. Por ello, la introducción del principio de oportunidad se articula a través de la facultad que se

otorga al Ministerio Fiscal de solicitar el sobreseimiento al juez¹. Da la sensación de que el legislador no quiere adentrarse mucho en esta materia, temiendo entrometerse en el principio de legalidad, que propugna nuestra Carta Magna en los artículos 9 y 25 entre otros. Por tanto, se introduce este principio de manera reglada, lo que consiste en la sencilla aplicación de las normas que permiten el sobreseimiento en ciertos supuestos de escaso interés público. Se puede deducir, por tanto, que el principio de oportunidad reglada es un sinónimo del principio de legalidad.

Para comprender en qué situación se encuentra la mediación penal en adultos, hay que partir de la regulación legal, inexistente sobre esta materia. Si bien, esta institución sí que está recogida expresamente en la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, y se desarrolla la forma de este tipo de procedimiento en el Reglamento 1774/2004, la única referencia expresa que se hace de la mediación penal en adultos se encuentra en el art. 84.1.1ª del Código Penal, que la menciona a propósito de la suspensión de la ejecución de la pena. No obstante esta situación de anomia, la mediación se ha desarrollado en los últimos años, y tímidamente se han introducido preceptos legales que la permiten, como se ha mencionado, y que, de forma vaga y ambigua dan a entender la postura del legislador a favor de la introducción de este instrumento en la resolución de conflictos. De este modo, la segunda introducción del principio de oportunidad en la persecución de acciones penales en nuestro ordenamiento jurídico se produce con la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo por la que se modifica el Código Penal. Asimismo, esta modifica varios preceptos de la LECRIM. de 1882, de los que importa traer aquí a colación la realizada en el art. 963.1.1ª: «Recibido el atestado conforme a lo previsto en el artículo anterior, si el juez estima procedente la incoación del juicio, adoptará alguna de las siguientes resoluciones:

1.ª Acordará el sobreseimiento del procedimiento y el archivo de las diligencias cuando lo solicite el Ministerio Fiscal a la vista de las siguientes circunstancias:

a) El delito leve denunciado resulte de muy escasa gravedad a la vista de la naturaleza del hecho, sus circunstancias, y las personales del autor, y

¹ ARMENGOT VILAPLANA, A. *Cuestiones prácticas para la aplicación de la mediación penal*. Valencia: tirant lo blanch, 2016, p. 130. «Cabe pues entender que el MF no queda vinculado a solicitar el sobreseimiento ante la existencia de un acuerdo mediador, sino que dispondrá de una potestad para valorar el contenido del mismo y de decidir si procede o no el ejercicio de la acción penal.»

b) no exista un interés público relevante en la persecución del hecho. En los delitos leves patrimoniales, se entenderá que no existe interés público relevante en su persecución cuando se hubiere procedido a la reparación del daño y no exista denuncia del perjudicado.»

Esta cuestión ha sido debatida incontables veces desde el comienzo del auge de los ADR, ya que, la incorporación de este principio podría dar lugar a impunidades. Pensamiento que se ha rebatido por algunos autores mediante la distinción del principio de oportunidad puro del principio de oportunidad reglada (VAQUERO 2012). Este segundo es la manifestación a la que se refiere la normativa, ya que los sujetos penalmente responsables no se sustraen de la justicia penal, sino que siguen un procedimiento penal pero más breve que el general. Actualmente la LECRIM solo permite el sobreseimiento en caso de que el Ministerio Fiscal lo solicite, y para ello tiene que iniciarse, al menos, algún tipo de acción. Sin embargo, esta solución acarrea otro problema, y es que el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (en adelante EOMF) en su artículo sexto establece la sujeción de este al principio de legalidad. Y por lo tanto, parece contradictorio que sea esta institución la encargada de decidir que una persona puede sustraerse de la justicia penal, ya que ella misma es la garante de la legalidad. Es por ello que se ha desvirtuado por completo el sentido del principio de oportunidad, ya que este no puede contraponerse al de legalidad, al menos en este contexto, pues se estarían produciendo contradicciones insalvables.

Volviendo al análisis del artículo sexto del EOMF, este especifica qué debe entenderse por sometimiento del Ministerio Fiscal al principio de legalidad, que no es otra cosa que la aplicación de las normas: «la Constitución, a las leyes y demás normas que integran el ordenamiento jurídico vigente». De todo lo expuesto se puede colegir que el principio de oportunidad se contrapone al de legalidad en tanto que el primero surge del segundo, es decir, que la existencia de la normativa penal es la que permite el nacimiento de la oportunidad de sustraerse de esta. Y que el principio de oportunidad reglada no es más que una invención que permite al legislador otorgar discrecionalmente una potestad al Ministerio Fiscal. En definitiva, el sobreseimiento causado por la mediación en asuntos penales constituye una excepción al principio de legalidad amparada por el Estado.

2. Principio de voluntariedad

Aparte el principio de oportunidad, que acabamos de examinar, el procedimiento de mediación penal en sí mismo presenta otras características que se concretan en los siguientes principios. En primer lugar, uno de los más importantes y esenciales es el de voluntariedad. Aquí se utiliza como sinónimo de libertad de decisión de que disponen las partes para someter el litigio a mediación. Es crucial que estas acudan de forma consciente de todo lo que supone este método, y que sean informadas de manera exhaustiva e imparcial de todas las posibilidades que les brinda esta alternativa. Esta voluntariedad tiene que mantenerse en todo momento, hasta que se alcance el acuerdo. En cuanto alguna de las partes se sienta coaccionada peligrará todo el procedimiento, y la consecución de sus fines de reparación total de la víctima. La observancia de la presencia de este principio en todas las fases garantiza unos resultados efectivos para ambas partes, víctima y ofensor, quienes además participarán de forma más motivada. La voluntad de ambas partes es la que impulsa la resolución del conflicto. Si bien reciben la ayuda del mediador como facilitador para alcanzar un acuerdo, este no puede coaccionarlas, y por ello el ánimo de estas es fundamental (GONZÁLEZ 2015).

La relevancia de este principio se aprecia en su regulación expresa en la Ley 4/2015 de 27 de abril del Estatuto de la Víctima del Delito (en adelante Ley 4/2015), en su artículo 15.1 b), como uno de los requisitos de acceso a la justicia restaurativa en materia penal, y que reza del siguiente modo: «la víctima haya prestado su consentimiento, después de haber recibido información exhaustiva e imparcial sobre su contenido, sus posibles resultados y los procedimientos existentes para hacer efectivo su cumplimiento». Es decir, la víctima debe conocer con anterioridad todos los probables escenarios que se pueden producir, incluyendo que esta en cualquier momento puede volver a la vía judicial. Así lo determina el art. 15.3 de la Ley 4/2015 «La víctima y el infractor podrán revocar su consentimiento para participar en el procedimiento de mediación en cualquier momento».

3. Principio de confidencialidad

Todo lo que sucede durante la mediación es confidencial, ninguno de los intervinientes en ella está autorizado a difundir alguna información en ella vertida, salvo que expresamente se acuerde. Al igual que el anterior principio, este se encuentra reflejado en la

Ley 4/2015, en el art. 15.2: «Los debates desarrollados dentro del procedimiento de mediación serán confidenciales y no podrán ser difundidos sin el consentimiento de ambas partes. Los mediadores y otros profesionales que participen en el procedimiento de mediación, estarán sujetos a secreto profesional con relación a los hechos y manifestaciones de que hubieran tenido conocimiento en el ejercicio de su función.» Aquí el legislador ata a todos los partícipes, incluyendo deberes deontológicos para los profesionales que intervienen en la mediación.

La relevancia de este principio tiene su origen en la protección de los derechos de ambas partes, pero sobre todo del ofensor, al contrario que lo que ocurría con el de voluntariedad. Si antes se protegía principalmente a la víctima, pues esta siempre va a ser más reticente a tener cualquier contacto con la persona que la perjudicó, aquí se alienta al infractor a aceptar acudir a mediar. La clave en la introducción de este principio es la protección de la presunción de inocencia del criminal, quien, si no prospera el procedimiento de mediación, se tendrá que someter a la vía judicial. Partiendo de que uno de los requisitos recogidos en la Ley 4/2015, es que el investigado haya reconocido los hechos esenciales que lo hacen responsable penal, en caso de que esta quede frustrada, al imperar el principio de confidencialidad, el de presunción de inocencia se vería completamente desvirtuado. Asimismo, en algunas situaciones, la víctima, de mala fe, podría utilizar la mediación como un instrumento para obtener la confesión del infractor y luego acudir con esta arma a los tribunales. Además, esta característica añade al procedimiento unas notas de privacidad que aportan comodidad y confianza a las partes, quienes se expresan de forma más abierta, lo que ayudará a la consecución de un acuerdo.

Es necesario analizar en este punto la doble dimensión que abarca este principio. Por un lado la relación de privacidad *ad extra*, es decir, la obligación de confidencialidad de los distintos intervinientes en la mediación con los terceros a esta. Y por otro lado, *ad intra*, en la que destaca el papel del mediador, quien, facilitando el diálogo entre las partes, no puede desvelar las informaciones que estas les hayan transmitido de forma privada al contrario. Aún siendo advertidas de los riesgos que supondría la desvelación de lo compartido en el procedimiento, es posible que accidentalmente o de forma voluntaria infrinjan este principio, para lo que no hay prevista sanción. Situación que se tendrá que solventar, en caso de que se causen daños a consecuencia de la divulgación, con las acciones pertinentes

(ARROM 2018). Por lo que, si bien este principio garantiza el correcto desarrollo del procedimiento, su vulneración no está penalizada².

No obstante este principio tiene algunas excepciones, ampliamente reconocidas por la normativa, especialmente la internacional. En este sentido la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012 (en adelante la Directiva de 2012) establece, en primer lugar, las situaciones en que este principio se puede soslayar, que se trata de aquellas en las que lo acuerden expresamente las partes. Y en segundo lugar, los supuestos en que se debe infringir la confidencialidad del procedimiento en favor del interés general. Es decir, en aquellos en los que, durante la mediación se cometa algún tipo de delito como pueden ser amenazas o agresiones físicas. Más recientemente, la Recomendación CM/Rec(2018)8 del Comité de Ministros a los Estados miembros en materia de justicia restaurativa penal, además de reiterar estas excepciones al principio de confidencialidad, en su numeral 49, insiste en la obligación que atañe al facilitador en comunicar a las autoridades competentes los delitos inminentes o graves que puedan salir a la luz mientras se aplica la justicia restaurativa. Y, posteriormente, en el 53, se aclara que los informes que confeccione el mediador «no deben revelar el contenido de las discusiones entre las partes». En definitiva, antes el principio de confidencialidad se aplicaba de forma radical, ahora se abre un catálogo *numerus apertus* de situaciones en las que el mediador puede saltárselo. Aunque los supuestos en los que procedería incumplir este principio parecen tasados, es el facilitador quien debe decidir discrecionalmente si existen indicios suficientes de comisión de algún delito (FERNÁNDEZ 2011).

4. Principio de neutralidad

Antes de iniciar el procedimiento de mediación, este principio se traduce en la imparcialidad de las informaciones que reciben las partes. Estas tienen que conocer todos los detalles antes de decidir, y para ello las instrucciones deben ser claras. La Directiva de

² ARROM LOSCOS, R., «Algunas cuestiones que suscita, en materia de protección de víctimas del delito, la vigencia del principio de confidencialidad en la mediación penal». *Diario La Ley Penal*, 2018, nº 130. «cabe entender que la mediación carece de naturaleza sancionadora. Los sujetos que acceden a ella lo hacen de forma voluntaria, siendo aplicable el principio de confidencialidad en relación a las manifestaciones vertidas sobre los hechos de los que trae causa el proceso penal; si bien debieran, a mi juicio, ser informados que dicho paraguas protector no alcanzará a nuevos ilícitos acontecidos durante el transcurso de la mediación que sí podrán tener consecuencias nuevas y distintas a los de aquellos hechos que están siendo juzgados en el proceso penal en marcha.»

2012 dedica el apartado b) del art. 12.1 a esta cuestión, añadiendo que estas informaciones deben ser exhaustivas, incluyendo todos los posibles resultados que se puedan producir.

Ya durante la actividad mediadora, la neutralidad implica principalmente al mediador, quien tiene el deber de velar por la igualdad entre las partes. Así, entre las distintas funciones que tiene el mediador se encuentra el reequilibrio entre la víctima y el ofensor. A este propósito, la Recomendación CM/Rec(2018)8, en su artículo 15 lo responsabiliza de mantener un espacio de imparcialidad entre las partes, animándolas y apoyándolas a que se expresen libremente, detectando las desigualdades entre ambas y corrigiendo aquellas conductas con el fin de que alcancen un acuerdo satisfactorio para ambas, sin mostrarse, al mismo tiempo a favor de ninguna de las partes.

Aparentemente no hay un método para conocer la correcta aplicación de este principio. No obstante, puede analizarse a través del acuerdo que alcancen las partes. El pacto al que lleguen debe ser satisfactorio para ambas, pero esto no indica que sea completamente igualitario, y es aquí, cuando se puede observar si el proceso ha transcurrido con total neutralidad. Es por ello, que aún siendo el resultado de la mediación beneficioso para ambas partes, es importante que sea validado judicialmente, para evitar desequilibrios importantes, así como con el fin de servir de control de neutralidad *a posteriori*.

5. Principio de flexibilidad

Al igual que en anteriores principios analizados, este se manifiesta en distintas dimensiones de la mediación. En primer lugar, se puede interpretar la flexibilidad a la hora de acudir a mediación en distintas fases del procedimiento penal. Es decir, esta es accesible desde que se producen los hechos delictivos hasta la resolución judicial, e incluso durante el cumplimiento de la pena es posible que las partes acudan a mediar. Como se verá, siguiendo la *Guía para la práctica de la mediación intrajudicial* del CGPJ de 2016 (en adelante la Guía) según el momento en que acudan, los efectos procesales serán distintos, manteniéndose el carácter de justicia restaurativa, y la consecución de reparación de la víctima.

En segundo lugar, iniciada la mediación, esta puede desarrollarse libremente, tanto en cuanto al número de sesiones a realizar, el tiempo que dure cada una de ellas, la posibilidad de que las partes se encuentren en distintos lugares, la fijación de las fechas en que se ha de llevar teniendo en cuenta las circunstancias de la víctima y el ofensor, etc. La

escasa regulación no prohíbe ni limita en ningún sentido³. Sin embargo, muchas de estas cuestiones deberían tener un marco legal, ya que en algunos casos una excesiva flexibilidad puede terminar en un proceso mediador desordenado, llegando a causar indefensión a alguna de las partes, o incluso dilaciones indebidas. El único garante de la buena marcha y de que todo el proceso se desarrolle adecuadamente es el mediador.

Por último, de forma más novedosa, la Recomendación CM/Rec(2018)8, en su párrafo 27, aporta un nuevo punto de vista al principio de flexibilidad, se identifica este con inclusión. Dispone que los servicios de justicia restaurativa deben facilitar la intervención y participación del mayor número de personas posible. Si bien es cierto que en muchos casos los elementos afectivos han llevado a solucionar la controversia, incluso a que el ofensor pudiese empatizar con la víctima en un mayor grado, obteniéndose una reparación más completa, no cabe duda que la bilateralidad es un elemento esencial de la mediación. Hay dos partes protagonistas, que son ayudadas por distintos sujetos para que lleguen a un acuerdo. Por lo que este precepto debe interpretarse restrictivamente, abriendo la mediación a la participación de todas aquellas personas que puedan aportar algo a las partes que les ayude a resolver la controversia.

6. Principio de oficialidad

La Guía establece, entre los principios que informan la mediación penal en el sistema judicial, el de oficialidad. Así, dispone que la derivación de los casos a mediación le corresponde al órgano jurisdiccional, previo acuerdo o iniciativa del Ministerio Fiscal. Por lo tanto la significación de este principio, aunque se aproxima a la del de legalidad, aquí se hace referencia al carácter público de la mediación. Es decir, no cabe un procedimiento de mediación penal que no esté incardinado en la Administración para la impartición de justicia. Se trata de un instrumento complementario pero que en ningún caso puede ser privado. Asimismo, este principio de oficialidad se encuentra presente durante el desarrollo de la

³ La Guía enumera el contenido del principio de flexibilidad en mediación penal, de manera que esta «debe ser flexible para poder adaptarse a las circunstancias concretas del caso y de los sujetos. Las pautas se convienen en cada caso por el mediador y las partes al inicio del proceso, incluida su duración. No es adecuado fijar una duración igual para todas las mediaciones, aunque en las derivadas desde el Tribunal es conveniente desarrollarlas aprovechando los “tiempos muertos” del proceso, es decir, entre un acto o trámite y el siguiente señalado, de tal forma que de no lograrse un acuerdo, tampoco haya supuesto una dilación para la decisión de la controversia.»

actividad mediadora. A modo de ejemplo, la citación a la primera sesión se hará con firma del LAJ o el juez, lo que hace que las partes en esta «invitación», aprecien que no se trata de un procedimiento al margen de la justicia (RÍOS *et al.* 2016, pp. 120-123).

Otra constatación que debe hacerse, es que, la característica de oficialidad, permite la gratuidad de la mediación. Así como la justicia penal es gratuita para las partes, los mecanismos de justicia restaurativa que se insertan en el sistema de justicia penal también lo deben ser. Esto se constata con el art. 13 de la Directiva de 2012, que establece la obligación de los Estados de garantizar el derecho a la justicia gratuita de las víctimas. No obstante, es necesario traer a colación en este punto el art. 240 *in fine* de la LECRIM., según el que el querellante particular o el actor civil podrán ser condenados a las costas procesales, en caso de que actúen con temeridad o mala fe. Esto quiere decir, que, de forma análoga, los gastos que se produzcan a causa de la actividad mediadora deberán ser abonados por estos, a modo de sanción, en caso de que hayan acudido a la justicia restaurativa con propósitos dilatorios, o cualquier otro que no sea la consecución de los fines de reparación perseguidos. Por ello, se puede decir que la gratuidad de este método es el resultado de la aplicación del principio de oficialidad.

II. PARTICIPANTES EN LA MEDIACIÓN PENAL

1. La víctima

Cuando alguien sufre a causa de la comisión de un delito, los padecimientos que soporta se instalan en forma de miedo en el cuerpo y en la mente de la persona, a quien denominamos víctima. Este y otros sentimientos de confusión, de incompreensión de los hechos sucedidos, de injustificación de haber sido sometido a una experiencia tan traumática, hacen patente la necesidad de una terapia psicológica para pasar página (RÍOS *et al.* 2016). El contexto actual en el que, como se verá la preocupación por la víctima es máxima, es producto de una evolución histórica (Fernández, 2015).

Esta comienza en una fase, hasta el siglo XX, en la que el Derecho Penal no presta la mínima atención a la víctima, centrándose los estudios en el análisis del delincuente y el carácter sancionador de la pena, así como en el desarrollo de los principios de legalidad e igualdad ante la ley, entre otros. La víctima aquí, desde una concepción privada del delito,

dispone de la posibilidad de reclamar venganza por los hechos cometidos (FERNÁNDEZ 2015). En una segunda fase, la víctima pasa a tener un rol secundario en la defensa de sus derechos, ya que es el Estado quien se encarga de la tutela de estos. Este cambio responde a la consideración de que el Estado tiene el deber de garantizar un orden colectivo. Por último, actualmente, los estudios penales toman un enfoque más sociológico, cobrando una mayor importancia tanto la víctima como la reacción social a los delitos. Este auge actual en la preocupación por los derechos de las víctimas es tal que algunos autores lo han denominado el «renacer de las víctimas» (MARTÍNEZ 2011, p. 71).

Con lo que, si bien en nuestro Derecho Penal la víctima sigue ocupando una posición marginal, ya que a pesar de estarse desarrollando una labor de reconocimiento de sus derechos, esta nada tiene que ver con los derechos y garantías de que dispone el infractor. Por todo ello, la víctima es la gran olvidada, reconocimiento que podría interpretarse como el fracaso del Estado, incapaz de garantizar la seguridad ciudadana⁴. Bien porque resulta más cómodo situarse en la posición del delincuente, bien porque la atribución de cierto poder a la víctima podría revertir en acciones vengativas que podrían perjudicar la paz social, el olvido histórico de esta ha iniciado el origen de la victimología. Así, a día de hoy el auge de esta se constata con la publicación de numerosos estudios⁵, dedicados algunos de ellos en exclusiva a la observancia de la víctima, así como a través de la preocupación política a todos los niveles reflejada en el aumento considerable de disposiciones normativas en la materia. Y en esta línea, algunos autores, han destacado que «las mayores críticas al renacer de la víctima se han realizado precisamente desde la perspectiva político-criminal y, especialmente, por las disfunciones que se podrían crear con la mayor receptividad de los legisladores a las presiones tipificadoras y, con ello, a la expansión del derecho penal» (SÁNCHEZ y MARTÍNEZ, 2011, p. 74).

⁴ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. A. *La mediación en proceso por violencia de género*. Pamplona: Thomson Reuters. Aranzadi, 2015. «Asimismo, el estudio de los colectivos con alto riesgo de victimización así como el nacimiento de redes asistenciales y mecanismos de propagación de las necesidades y carencias estructurales de las víctimas refuerza la percepción social de del abandono institucional en que se encontraba este colectivo, de manera que la víctima, su presencia y su concepto adquieren sustantividad propia tanto en el desarrollo teórico y doctrinal como en el terreno práctico, en el que las víctimas comienzan a tener existencia»

⁵ Ejemplos de estos son los siguientes títulos: *Y la víctima... ¿Qué? Reflexiones sobre mediación penal en España*, *La reparación de la víctima en el proceso penal: la mediación penal*, o *Algunos argumentos victimológicos y de prevención especial para la derogación del apartado quinto del art. 87 ter de la LOPJ*.

Conviene analizar en este punto los distintos desarrollos normativos que se han llevado a cabo, no solo en España, sino también en los planos europeo e internacional en materia de victimología. En este último, el cambio de rumbo hacia un reconocimiento normativo de la importancia de la víctima se justifica desde la aplicación de varios principios según SANZ-DÍEZ DE ULZURRUM (2007) citada por FERNÁNDEZ (2015, p. 232). Entre estos se incluyen la consideración de los hechos delictivos como un problema social, el principio de solidaridad que afirma la necesaria intervención del Estado en los casos de mayor vulnerabilidad de las víctimas, y el principio de responsabilidad que obliga al Estado en virtud del contrato social a reparar a las víctimas ya que se pueden entonces presumir ciertos tintes de fracaso en cuanto a las obligaciones de mantenimiento de la ley y el orden por parte del Estado. Como se verá, estos principios también tienen su reflejo en la normativa interna.

Comenzando por las Naciones Unidas, los primeros atisbos de protección de las víctimas se aprecian en la década de los 80⁶, materializándose por vez primera en la Resolución 40/34 de 29 de noviembre de 1985⁷. En esta se hace alusión expresa a la mediación, calificándola como un «mecanismo oficioso» que se debe utilizar cuando proceda con la finalidad de reparar a las víctimas⁸. Además su relevancia es tal porque constituye el primer instrumento que reconoce los derechos básicos de las víctimas. En este catálogo se incluyen el derecho de acceso a la justicia, de resarcimiento por el daño sufrido, de asistencia, a un trato respetuoso a la dignidad de la persona y a la protección de su intimidad, así como a una indemnización financiera por parte del Estado en caso de no ser suficiente la procedente del delincuente.

Estos derechos han sido reconocidos en otras resoluciones posteriores⁹, todas ellas con el objetivo de fomentar la recuperación de la víctima, estableciendo como prioridad

⁶ Esta cuestión se discutió por vez primera en el VI Congreso de la ONU para la prevención del delito y el tratamiento del delincuente celebrado en Caracas en 1980. Posteriormente, se volvió a incluir esta cuestión en el VII Congreso celebrado en Milán en 1985.

⁷ Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder.

⁸ El párrafo séptimo de la Resolución 40/34 de 29 de noviembre de 1985 dice literalmente que «Se utilizarán cuando proceda, mecanismos oficiosos para la solución de controversias, incluidos la mediación, el arbitraje y las prácticas de justicia consuetudinaria o autóctonas, a fin de facilitar la conciliación y la reparación en favor de las víctimas.»

⁹ La Resolución 2005/35 de 19 de abril de 2005 aprobada por la Asamblea General sobre Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, recopila un catálogo de derechos de las víctimas reconocidos en resoluciones anteriores, entre ellas la Resolución 2004/34 de 19 de abril de 2004.

máxima ayudarlas. Así se ha plasmado en el Informe de 7 de enero de 2002 del Consejo Económico y Social sobre justicia restaurativa¹⁰. Este consolida los derechos de las víctimas y reconoce el descuido que se había producido respecto a sus intereses. Por último, también es necesario hacer mención al *Handbook on Restorative Justice Programmes*, que constituye una guía de apoyo a los países en cuanto a modernización y actualización del derecho penal. Y en concreto, va un paso más allá en el reconocimiento de los derechos de las víctimas, incluyendo una protección extra al constatar la importancia de asegurar que no ocurra una re-victimización en los procesos de justicia restaurativa.

Siguiendo con el ámbito regional, las primeras manifestaciones del Consejo de Europa de preocupación por las víctimas se encuentran en la Resolución (77)27 de 28 de septiembre de 1977 adoptada por el Comité de Ministros, en relación a la indemnización subsidiaria a cargo de fondos estatales. Posteriormente las resoluciones emitidas en reconocimiento de los derechos de las víctimas de delitos han sido numerosas¹¹, no obstante, habrá que esperar hasta el 17 de septiembre de 1987 para que se produzcan las primeras disposiciones que reconozcan el derecho y favorecimiento de las víctimas a acceder a los sistemas alternativos de resolución de conflictos. Así, las Recomendaciones (87) 18 y (87) 21 alientan a los Estados a simplificar los procesos penales en casos de delitos leves, así como a ofrecer la posibilidad a las víctimas de recurrir a acuerdos de compensación con el ofensor. Luego de esta, las resoluciones emitidas por el Consejo de Europa a favor de la justicia restaurativa son cuantiosas, siendo una de las más importantes, en concreto para las víctimas, la Recomendación (99)19 de 15 de septiembre de 1999, que incardina la mediación penal en el ámbito de los derechos humanos, estableciendo una serie de principios que deben seguir los Estados cuando desarrollen este mecanismo.

Por otro lado, siguiendo en el contexto europeo, las primeras resoluciones se centran en recoger el derecho a la indemnización de las víctimas de delitos violentos¹². No obstante, más recientemente la creación de Estatuto de la Víctima en la Directiva de 2012 establece las normas mínimas sobre los derechos, apoyo y protección de las víctimas de delitos. Esta

¹⁰ Informe de la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal de 7 de enero de 2002, núm. E/CN.15/2002/5.

¹¹ Véanse las Recomendaciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa (83) 7, (85) 2, (85) 4, y (85) 11.

¹² Entre estas se encuentra la Comunicación de la Comisión de 23 de mayo de 1999 sobre las víctimas de delitos en la Unión Europea, el Libro Verde de Indemnizaciones a Víctimas de 8 de septiembre de 2001, y la Directiva 2004/80/CE.

reemplaza a la Decisión Marco 2001/220/JAI, reproduciendo y afianzando los derechos que esta reconocía. Así, se obliga a todos los Estados de la Unión Europea a implementar una normativa unificada en cuanto a las garantías y derechos que deben ofrecer a las víctimas en el contexto de la justicia reparadora. El artículo 12 de la mencionada Directiva de 2012 es el que recoge este contenido, un único artículo en el que se destaca que los servicios de justicia reparadora que se oferten a las víctimas deberán ser «seguros y competentes», con el objetivo principal de evitar la victimización secundaria o reiterada.

Gracias a esta norma supranacional, se publica la Ley 4/2015, que reproduce la importancia de que la justicia restaurativa tenga lugar en un ambiente de seguridad para la víctima, no dándole esta posibilidad cuando se detecte que se le pueda causar algún perjuicio de nuevo, lo que puede suceder especialmente en los casos en que la desigualdad moral es mayor. Asimismo, esta norma incluye un breve catálogo de derechos que tienen las víctimas durante el desarrollo de los procesos de justicia restaurativa, entre ellos, el de voluntariedad, información, o el de seguridad.

2. El victimario

Como se ha visto, la víctima tiene reconocidos una pluralidad de derechos en distintos instrumentos normativos, necesitando de una protección especial ya que es la parte más vulnerable en los procesos de justicia restaurativa. La otra parte, el ofensor, también tiene reconocidos ciertos derechos en el proceso de mediación que se deducen principalmente de los principios generales que rigen este tipo de procesos. Aparentemente, la mediación no tiene por qué perjudicar al ofensor, sino al contrario para este puede tener beneficios morales, y como se verá procesales. Acudir a este tipo de procesos en la justicia penal no significa sustraerse de la vía tradicional jurisdiccional, sino que en cualquier momento las partes pueden volver a este, o la utilización de la mediación de forma complementaria al proceso penal. En los escenarios en que se produce la mediación y luego se acude al proceso penal es donde se aprecia mejor que ciertas garantías o derechos del infractor se pueden ver perjudicados.

Sin duda, el principal derecho que se puede ver conculcado es el de la presunción de inocencia, recogido en el artículo 24.2 CE. La supremacía de este derecho se reconoce también para los supuestos de justicia restaurativa. Si una persona investigada de haber cometido un delito decide aceptar someterse a mediación y posteriormente por cualquier

causa imputable o no a esta persona no resulta exitosa, y finalmente se acude al proceso penal tradicional, el juez no podrá tener en cuenta el intento mediador. Es decir, el órgano judicial no va a tener conocimiento de nada de lo que se produzca durante las sesiones de mediación, ya que, como se vio, esta está informada por el principio de confidencialidad. Por ello, el juez competente que conozca del caso tendrá que basar su resolución condenatoria en las pruebas que se desarrollen únicamente en el proceso penal (ZAFRA ESPINOSA 2012). Por ello, la voluntariedad del ofensor no puede considerarse una asunción tácita de la comisión de algún delito.

Por todo lo expuesto es esencial que todos los intervinientes en el proceso de mediación tengan bien claros los efectos negativos que pueden llegar a provocar a las partes si infringen las normas de esta. Si alguien aportara datos al proceso penal de los protegidos por la confidencialidad¹³ de la mediación, estas pruebas estarían viciadas y el juez no podría tenerlas en cuenta. No obstante, el conocimiento de algunos datos, aún sabiendo que la prueba no es válida, podría condicionar de forma indirecta para la adopción de la decisión. Derivado de estos perjuicios se puede colegir que, el derecho de información es tan importante para el ofensor como para la víctima. Ya que únicamente conociendo en profundidad, no solo el funcionamiento sino también las posibles consecuencias que le puede acarrear la mediación, es posible que esta tenga lugar en un ambiente de confianza y seguridad para ambas partes. Asimismo, consideramos importante que la privacidad de ambas partes sea respetada incluso después de alcanzado y cumplido el acuerdo. De forma que, aunque termine exitosamente el proceso mediador, debe ser obligatorio para todos los participantes en este, que el principio de confidencialidad sea extendido a cualquier dato sobre el que tengan conocimiento en este, salvo si las partes autorizan expresamente otra cosa.

3. El mediador

Este también es denominado a veces facilitador ya que su función es la de facilitar el diálogo entre las partes. Para ello se coloca a la misma altura que ellas, a diferencia de un

¹³ Según RÍOS *et al.* (2016, p. 107), la forma de garantizar la confidencialidad de la información que se vierte al proceso de mediación y que su contenido no pueda ser utilizado en sentido incriminatorio, es haciendo que todas las partes intervinientes firmen un documento de consentimiento informado que se les debe explicar, en caso de que este no llegue a finalizar con éxito.

Juez o Tribunal que está por encima, y adquiere una postura neutral. Siguiendo a ORTUÑO (2002), citado por ZAFRA ESPINOSA (2012, pp.113-114), el mediador no puede ofrecer soluciones al conflicto existente entre las partes, ni siquiera hacer sugerencias u expresar su opinión acerca del desenlace correcto para el litigio, sino que debe acercar las posiciones de ambas partes en conflicto, haciendo que profundicen y entiendan las posiciones e intereses del contrario. En este mismo sentido, la Ley 5/2012, de 6 de julio de mediación en asuntos civiles y mercantiles (en adelante Ley 5/2012)¹⁴, define en su preámbulo la figura del mediador, quien es, «de acuerdo con su conformación natural, la pieza esencial del modelo, puesto que es quien ayuda a encontrar una solución dialogada y voluntariamente querida por las partes». En definitiva, la actividad mediadora consiste en hacer que las partes empaticen, tarea ardua teniendo en cuenta que el punto de partida es la comisión de unos hechos delictivos¹⁵, por lo que el mediador necesitará tener unas cualidades especiales y emplear distintas herramientas para adecuarse a cada situación (ZAFRA ESPINOSA 2012).

El mediador tiene que recurrir entonces a diferentes técnicas comunicativas para aproximar a las partes. Según la fase del proceso en que se encuentre utilizará diferentes tácticas para conseguir los fines de cada una de las etapas de la mediación. Es por ello que la destreza de la persona encargada de guiar a los intervinientes tiene que poseer cierta destreza incluido el lenguaje no verbal (CERVELLÓ 2016). Así, en una primera fase informativa, el comunicador principal es el mediador, debe transmitir ideas claras, sencillas de comprender, y explicativas, todo ello haciendo sentir cómodas a las partes en el nuevo escenario en el que se encuentran. Deberá asimismo profundizar o resaltar aquellas cuestiones más relevantes como los derechos que tienen tanto la víctima como el ofensor, que si bien los conocerán antes de esta, es imprescindible que se les recuerden para que en todo momento se sientan amparados.

En una segunda fase introspectiva, el mediador debe prestar atención a todas las reacciones de las partes, tanto expresadas verbalmente como las que no. Tendrá que ir analizando las posturas, posiciones y movimientos de cada una para poder detectar los

¹⁴ Aunque aquí se trae a colación esta definición, la propia Ley excluye de su ámbito de aplicación la mediación penal en su artículo 2.2.

¹⁵ ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R. *Sobre la mediación penal*. Navarra: Thomson Reuters. Aranzadi, 2012, pp.113-114. «La función principal del mediador será tratar de que sean los sujetos en conflicto los que controlen sus propias decisiones, a través de un intercambio de información, sabedores de que la negociación se va a iniciar desde un clima de desconfianza por todos lados, que deberá poco a poco suavizarse por el mediador, instándoles a que propongan soluciones.»

puntos conflictivos, es decir aplicar la técnica de la escucha activa para obtener toda la información posible¹⁶. Aquí los mediados expresarán la postura y actitud de la que parten, que deberá ser identificada por el facilitador con el fin de que el diálogo sea fluido entre ambos en una posterior fase más constructiva. En esta siguiente etapa hay que destacar, sobre todo, las tácticas de clarificación, como por ejemplo la reiteración de palabras de los intervinientes reformuladas de otro modo para que el sentido de estas sea el correcto y no se produzcan malentendidos entre las partes. En esta etapa pueden surgir momentos de tensión elevada, en los que el mediador tiene que intervenir, por ejemplo, realizando preguntas a los mediados, incluso a veces coaccionándolas de cierto modo a que le respondan mirándolo fijamente para desviar el contacto visual directo entre ambas partes si la tensión es muy elevada. No obstante, en esta fase puede producirse una situación completamente opuesta. Es decir, que las conversaciones lleguen a un punto muerto debido a la repetitividad de las ideas. En estos casos el guía debe introducir más dinamismo para que pueda llegarse a un acuerdo, por ejemplo, replanteando esas ideas a través de metáforas, aportando así otro punto de vista a los interlocutores. Por último, en una fase colaborativa el diálogo entre las partes es menos tenso, se alcanza una empatía mutua que permite aportar soluciones al problema. Ambos sujetos toman consciencia de los motivos por los que han llegado a esa situación y colaboran para lograr los fines de la mediación. Hacen propuestas coherentes y congruentes para solventar el litigio, y están realmente dispuestos, el ofensor a reparar a la víctima, y esta a aceptarla.

Durante todas las fases de la mediación el facilitador debe emplear ciertas técnicas de manera constante como la escucha activa ya que un despiste en los momentos de más tensión puede hacer que fracase el proceso. Las partes tienen unos límites psicológicos y cuando estos se sobrepasan porque se sienten en un ambiente violento, sin dudarlo renunciarán a seguir soportándolo. Es crucial por lo tanto, que el lenguaje empleado por el mediador en todo momento sea adecuado a los mediados, evitando la abundancia de tecnicismos y una excesiva sofisticación. Ello no conlleva que se eliminen las palabras más técnicas, sino que estas sean utilizadas solo cuando sean necesarias por razones de

¹⁶ RÍOS MARTÍN, J. C. (dir.) *La mediación penal, penitenciaria y encuentros restaurativos*. Madrid: Universidad Pontificia Comillas, 2016. La escucha activa requiere atención dinámica e intencionada, apreciar que existe congruencia entre el mensaje verbal y la comunicación no verbal del emisor a través de una sensación global de coherencia, y demandar más información sobre el contenido cuando el mensaje no resulta lo suficientemente claro.

economía y fluidez, y previa explicación mediante frases sencillas y claras de su significado (CERVELLO 2016). Asimismo es muy útil el recurso de las preguntas, que pueden ser utilizadas para añadir dinamismo a los diálogos, o al contrario, para frenar las acaloradas intervenciones. Por ello, a través de la escucha activa el mediador debe también analizar qué tipo de preguntas convienen a cada instante¹⁷.

En referencia a la formación del mediador, este debe tener especiales habilidades, tal como se recoge en el *Handbook on restorative justice programmes*¹⁸, en comunicación, escucha, gestión y ayuda a personas emocionalmente intensas, empatía, creación de un ambiente seguro y de libertad para las partes, y equilibrio de fuerzas entre los participantes. La exigencia de estas aptitudes responde a que la administración del proceso mediador puede tornarse complicada. Fundamentalmente si de partida existe un considerable desequilibrio entre las partes. La especificidad de la mediación penal viene determinada porque la comisión de los hechos delictivos impone que la presencia de una parte débil, la víctima, y una fuerte, el ofensor¹⁹. La persona que sufre el delito es propensa a padecer ansiedad y depresión fruto de los episodios traumáticos vividos a consecuencia del delito. De base, esta inicia el proceso de mediación con el miedo instalado en su mente y en su cuerpo. Hecho que el mediador debe notar a través del lenguaje no verbal, valorar su nivel y tratar de equilibrar esta vulnerabilidad con la seguridad del ofensor que acude sin nada que perder. No obstante, esta descompensación puede llegar a invertirse si afloran en la víctima sentimientos de venganza, conocedora de que en el proceso judicial tendría una posición ventajosa, puede intentar aprovecharse de dicha condición (ROMERA 2012).

Como se puede constatar, la desigualdad entre las partes es habitual en los procesos de mediación, aún reduciéndose esta al mínimo siempre habrá alguna diferencia. Esto no

¹⁷ CERVELLO DONDERIS, V. *Cuestiones prácticas para la aplicación de la mediación penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016, p. 275. Las preguntas pueden ser de tipología diversa. En primer lugar las abiertas son recomendables sobre todo al inicio del proceso, ya que investigan los intereses, necesidades y sentimientos, admitiendo una variedad de respuestas amplia. En segundo lugar, las cerradas que admiten un margen pequeño de respuestas posibles. Y por último las circulares, que ayudan a clarificar la relación entre las partes, sus percepciones o su tipo de comunicación.

¹⁸ DANDURAND, Y. (dir.) *Handbook on Restorative justice programmes*. New York: United Nations publication, 2006. Este libro constituye una guía editada por Naciones Unidas para el desarrollo de los programas de justicia restaurativa.

¹⁹ CERVELLO DONDERIS, V., *op. cit.* «Después de un delito está presente una fuerte sensación de poder por parte del agresor lo que desencadena cierta sensación de inmunidad que se puede trasladar a la sesión de mediación. Esto desequilibraría la relación de equilibrio de poder entre las partes, pudiendo ser muy perjudicial para la víctima; por ello se recomienda valorar por el profesional el posicionamiento emocional y cognitivo del victimario, así como las conductas y mensajes implícitos y explícitos»

implica que vaya a fracasar o que el pacto que se acuerde no sea equilibrado. El resultado será el deseado si el facilitador detecta las singularidades de cada interviniente, las gestiona de forma correcta, y ninguna parte se siente coaccionada a asumir un acuerdo. Las particularidades de cada caso son observables previamente analizando a los sujetos participantes. En el caso del ofensor, mediante el estudio de sus antecedentes penales, la tipología del delito cometido, o el tiempo transcurrido entre que se le ofrece la opción de acudir a mediación y su aceptación. En cuanto a la víctima será necesario un análisis psicológico para conocer su nivel de estrés poniéndolo en relación con el tiempo transcurrido desde la comisión del crimen, su personalidad, o viendo las reacciones al recordar los hechos.

En conexión con el equilibrio que debe haber entre las partes también se encuentra el principio general de buena fe. El mediador tiene que ser el garante de esa durante todo el proceso, tanto en su vertiente negativa, en el sentido de interdicción de aquellas conductas contrarias a la buena fe, como en el positivo, requiriendo a los intervinientes probidad, honradez, lealtad y rectitud (FERNÁNDEZ 2015). Así, la extensión de este principio al proceso de mediación, implica que los mediados sean transparentes en sus conductas, lo que, como se ha visto no ocurre siempre. Por ello, es recomendable enunciar este principio antes de la iniciación de las sesiones, recordarlo durante estas, y reiterarlo en los momentos en que el facilitador advierta indicios de conductas engañosas o fraudulentas por algunas de las partes. E incluso, si se constata una mala fe manifiesta y palmaria en el comportamiento tanto de la víctima como del ofensor tal que pueda ser constitutiva de un delito, el mediador deberá ponerlo en conocimiento de Juez.

4. El papel del Ministerio Fiscal

La situación de anomia de la mediación penal de adultos ha llevado a que el papel del Ministerio Fiscal en relación con este proceso sea incierto. Para intentar aportar luz a las funciones que debe desempeñar este sujeto hay que acudir a publicaciones sin fuerza obligacional. Tanto el Anteproyecto de Ley en Enjuiciamiento Criminal de 2011²⁰ (en

²⁰ No se prevé que se retome este Anteproyecto debido a la elaboración de uno posterior en 2015.

adelante el Anteproyecto) como la Guía²¹, relatan las tareas que debe desempeñar este sujeto. No obstante se presentan ciertas discrepancias entre ambos textos. En primer lugar, el Anteproyecto dispone en su artículo 158.1 que, en función de las circunstancias concretas del caso el Ministerio Fiscal puede, de oficio o a instancia de parte someter el proceso a mediación. Sin embargo, la Guía establece que, en virtud del principio de oficialidad, el órgano jurisdiccional es el encargado de derivar el caso al servicio de mediación, previo acuerdo o a iniciativa del Ministerio Fiscal. Y esta va más allá, hasta afirmando que, si el investigado no niega los hechos delictivos y/o su participación en ellos en fase de instrucción, el Juez, previamente con una mera comunicación al Ministerio Fiscal, siempre que este no se oponga, puede acordar el sometimiento a mediación. Es decir, siguiendo la letra de ambas disposiciones, el Anteproyecto otorga plenos poderes al Ministerio Fiscal, mientras que según la Guía es necesario un acuerdo entre este y el Juez. Ya que si bien le corresponde dictar el sometimiento a mediación, no podrá hacerlo si el Ministerio Fiscal le veta esa decisión. Así, lo más prudente es que la derivación de los casos se haga mediante resolución judicial, a falta de norma vinculante clara. En segundo lugar, el Anteproyecto, en su artículo 159.3, atribuye al Ministerio Fiscal la decisión más relevante para el ofensor, que es la de decretar el archivo a través de la aplicación del principio de oportunidad. Asimismo la Guía, en términos similares, recoge que, valorando el acuerdo reparador alcanzado entre las partes, podrá solicitar el archivo.

El Anteproyecto no ofrece más detalles de las actuaciones del Ministerio Fiscal, sí que lo hace la Guía. En concreto prevé la solución procesal para el supuesto de que se produjese la mediación en la fase de enjuiciamiento, el inicio del juicio oral podrá realizarse con conformidad, cuando el Ministerio Fiscal haga suyos los pactos de reparación logrados por las partes, pudiendo de esta forma, modificar el escrito de calificación. No obstante corresponderá al Juez apreciar si esa modificación es idónea al caso, supuesto en que dictará entonces la conformidad. Así, tomando como base los mecanismos disponibles en la LECRIM

²¹ Según la presentación de esta Guía, la elaboración de este tipo de manuales por el CGPJ responde a la falta de normativa en la materia que hacen de la mediación penal de adultos en nuestro sistema un mecanismo informal, y que por lo tanto necesita de unas guías contrastadas y seguras para una correcta implementación que orienten a jueces y juezas.

actual aplicados, *mutatis mutandis*, a la mediación, se logra la efectividad del principio de oportunidad²².

Forzosamente hay que hacer alusión en este apartado al borrador de Código Procesal Penal de 2013²³. Si ya su antecesor de 2011 introducía tímidamente una regulación, que además de breve podría calificarse de poco precisa, este texto posterior, aparte de los calificativos anteriores, también podría añadirsele el de ambiguo. Así, por ejemplo, establece en su artículo 144.2, que el Ministerio Fiscal comunicará a la víctima la voluntad del ofensor de acudir a mediación, y continuando con que esta comunicación será realizada por la Oficina de Atención a las Víctimas. Precepto que, sin duda grita por un desarrollo reglamentario más concreto. En cuanto al resultado del proceso mediador, este deberá ser comunicado al Ministerio Fiscal, sin más, es decir, no hay posibilidad expresa de que este pueda solicitar el archivo, y se incide en que no se ofertará ningún tipo de ventaja al ofensor por el hecho de haber asistido a mediación. No obstante, en un último artículo dedicado a los efectos de la mediación, se incluye la siguiente cláusula abierta, «sin perjuicio de los efectos procesales o materiales que puedan derivarse conforme a la Ley del acuerdo con la víctima si se alcanza». Nótese que, además de una redacción tosca y enmarañada, se deja cabida a una pluralidad de efectos procesales, que se encargarán los Tribunales de definir.

Por último, el Ministerio Fiscal se ha mostrado preocupado por el control de los efectos derivados, tanto del éxito en los acuerdos alcanzados, como en la vigilancia del desarrollo de la mediación. Para asegurar la imparcialidad es imprescindible que los servicios de mediación sean autónomos, y que se aprecie una posición completamente alejada del Juez y del Ministerio Fiscal. Siguiendo algunas corrientes, como se ha visto, el Ministerio Fiscal no puede tener el monopolio en el impulso del proceso mediador, ya que se podría dar una imagen de falta de neutralidad si se conecta al mediador con el Ministerio Fiscal. No obstante, este pensamiento no se ha materializado luego de la implantación de este sistema en la jurisdicción de menores, y por lo tanto no tendría que suceder aquí. Asimismo, el Juez con la revisión de los pactos restaurativos alcanzados sigue ejerciendo un control posterior sobre estos. Igualmente, los principios que informan al Ministerio Fiscal, en concreto el de

²² Los artículos 963 y 964 LECRIM conceden al Ministerio Fiscal el poder de utilizar el principio de oportunidad reglada.

²³ Propuesta de texto articulado de Ley de Enjuiciamiento Criminal, elaborada por la Comisión Institucional creada por Acuerdo de Consejo de Ministros de 2 de marzo de 2012.

defensa de la legalidad y el de independencia, garantizan una verificación neutral del proceso mediador (HEREDIA 2009).²⁴

5. Sujetos especiales

5.1. Personas jurídicas

En este apartado se analizará la posibilidad de que las personas jurídicas puedan acudir al proceso mediador, bien como víctima o bien como investigada. En primer lugar, en tanto que víctima, las disposiciones normativas existentes son claras, y no dejan duda en cuanto a la contrariedad a que estos sujetos puedan acudir a los mecanismos de justicia restaurativa como víctimas. Así, el artículo 2 de la Ley 4/2015 y el artículo 2.1 a) de la Directiva de 2012, definen como víctimas únicamente a las personas físicas. Incluso el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se ha pronunciado sobre esta cuestión en su sentencia C-205/2009 de 21 de octubre de 2010, en la que se resolvió una cuestión prejudicial declarando que, según la normativa europea, el concepto de «víctima» no incluye a las personas jurídicas a efectos de impulsar las causas penales, lo que no implica que los Estados miembros no puedan regularlo. En la Ley 4/2015 no se prohíbe, ni se prevé expresamente que estos entes puedan acudir a mediación. No obstante, se han producido tímidas alusiones a que esto sea posible. En primer lugar, el Libro Blanco de la Mediación en Cataluña²⁵, reconoce como participantes en el proceso mediador expresamente, tanto como víctima como ofensor, a las personas jurídicas. En segundo lugar, la Disposición Final Primera de la Ley 4/2015, que modifica la LECRIM, dispone que las asociaciones y las personas jurídicas podrán ejercitar también la acción penal. Y por último, la Guía afirma que en el caso de que una de las partes en la mediación sea una persona jurídica, esta deberá tener plena capacidad para la negociación y la adopción de acuerdos.

²⁴ HEREDIA PUENTE, M. «Perspectivas de Futuro en la Mediación Penal de Adultos. Una visión desde el Ministerio fiscal». *Diario La Ley*. 2009, nº 7257, sección doctrina. El Ministerio Fiscal es fundamental porque está obligado a favorecer el cumplimiento de los fines de la pena y la defensa de los derechos fundamentales del ofensor, debe velar por la satisfacción de las víctimas, debe defender los intereses colectivos, y en tanto que encargado del impulso de la persecución penal es imprescindible su participación activa en la mediación cuando esta se incardina en los procesos penales.

²⁵ CASANOVAS, P., MAGRE, J. Y LAUROBA, M.E. (dirs.). *Libro Blanco de la Mediación en Cataluña*. Cataluña: Departament de Justícia, Generalitat de Catalunya. Hyugens Editorial, 2011, p.93. «Las partes mediadas son aquellos actores que participan en un proceso de mediación como partes de un conflicto. Pueden ser personas físicas, personas jurídicas u organizaciones.»

A la vista de estos recientes atisbos de extensión de la facultad de ser parte mediada, diferentes autores se han posicionado sobre el tema. Así, para CASABÓ (2017, p. 12), las ventajas que pueda suponer este reconocimiento son importantes, resumiéndose principalmente en los beneficios obvios de «lograr de una forma rápida una indemnización por los daños y perjuicios sufridos, un diálogo con el infractor que permitirá conocer el porqué del delito, cosa imposible si se alcanza una conformidad, y evitar el tener que concurrir las veces necesarias a lo largo de la instrucción y juicios orales, con los costes personales y económicos». Asimismo, SÁNCHEZ (2011) declara que es innegable que las personas jurídicas puedan acudir a mediación, cada vez se está ampliando el número de delitos en que estas pueden ser víctimas, sobre todo en cuanto a grupos sociales o colectivos, produciéndose daños de cierta relevancia por ejemplo en casos de xenofobia en que se perjudica a un colectivo y no a una persona física individual.

Por otro lado, las personas jurídicas en tanto que infractoras, desde la superación del principio *societas delinquere non potest*, se puede asumir que estos entes son sujetos idóneos para acudir a mediación como parte ofensora. Esto puede plantear problemas a la hora de decidir quién va a representar a la entidad en el proceso. En cualquier caso, esta persona física tendrá que disponer de poderes especiales para adoptar los acuerdos restaurativos²⁶. La eficacia procesal de la mediación penal se puede articular mediante la conformidad recogida en el artículo 787.8 LECRIM. Según este precepto, el representante legal tiene que tener un poder de representación especial para prestar su conformidad en nombre de la persona jurídica. En caso de no llegarse a una conformidad, el Juez o Tribunal también podrá aplicar una atenuante del artículo 31 quater del Código Penal²⁷. Asimismo, presenta enormes ventajas para pequeñas y medianas empresas que no puedan afrontar la totalidad de los daños causados, pudiendo, a través de la mediación, alcanzar pactos de cumplimiento efectivo y real (TORRAS, GIMENO y FORTUNY 2019). Mitigando de forma relevante las consecuencias penales, llegando a poder salvarlas en algunos casos incluso del abocamiento al cierre.

²⁶ Según la Guía también hay que prestar atención al hecho de que el investigado pueda formar parte de la persona jurídica víctima, por lo que cuando se designe un representante de esta no podrá ser la misma persona que el ofensor.

²⁷ En concreto su apartado c) establece como atenuante: «Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito» a través de sus representantes legales.

5.2. Víctimas de violencia de género

En los supuestos de violencia de género, los delitos cometidos presentan una agravación especial debido a una carga emocional y psicológica importante. Es por ello que el artículo 87 ter apartado quinto de la LOPJ veda la mediación de forma expresa en estos casos. *A priori*, esta interdicción parece razonable ya que la desigualdad existente entre víctima y agresor semeja enorme debido a la mayor vulnerabilidad de la parte que sufre los hechos delictivos²⁸. No obstante, OUBIÑA (2012) parte de un punto de vista de la mediación penal en este tipo de casos diferente. En primer lugar, hay que atender a las circunstancias concretas de cada caso, en algunos supuestos los hechos delictivos serán muy graves y la víctima una persona débil, y en otros todo lo contrario, tratarse de hechos leves en los que la agraviada sea una persona fuerte. En segundo lugar, hay que entender el mecanismo de la mediación como complementario al sistema tradicional de justicia criminal y no como una alternativa para que el ofensor pueda obtener ciertos beneficios. En tercer lugar, la represión del maltratador, la pena de prisión puede hacer surgir en este un ánimo de reincidencia incluso contra la misma víctima, teniendo la mediación un efecto resocializador más profundo. Asimismo, la víctima tiene que beneficiarse de este proceso, sobre todo en cuanto a la pérdida del miedo y a digerir otras emociones negativas surgidas con el delito sufrido, y poder así regenerarse por completo. Es decir, este instrumento de resolución de conflictos aquí se aplicaría como un arma de reparación, la violencia de género es ilegal y por ello en ningún caso se podrá negociar sobre ella, ni puede sustituir al derecho penal (OUBIÑA 2012).

²⁸VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F. «Algunos argumentos victimológicos y de prevención especial para la derogación del apartado quinto del art. 87 ter de la LOPJ». *Revista De Derecho Penal y Criminología*, 2016, núm. 15. pp. 233-264. ISSN 11329955. «En realidad, la complejidad de las dinámicas del abuso íntimo y las diversas tipologías de víctimas, agresores, recursos disponibles y daños actuales y potenciales deberían desaconsejar traer a cualquier escenario con presencia de violencia, de manera indiscriminada, todas las objeciones de que se haría merecedor un programa de mediación en relaciones con un desequilibrio de poder de largo recorrido. Quiere decirse con ello que, siendo razonables las cautelas con que debe conducirse el debate, los prejuicios o dogmatismos nunca deberían cerrar el paso a una exploración cuidadosa de las ventajas de la mediación, por ejemplo, en los supuestos en que, con anterioridad, la víctima había denunciado los hechos o tomado decisiones firmes para poner fin al ejercicio de la violencia, o en que ambas partes se habían esforzado seriamente en hallar una solución, sopesando la separación.»

5.3 Drogodependientes

El pensamiento general en cuanto a la idoneidad de los sujetos drogodependientes, tanto como víctima como ofensor es en sentido negativo. Entre las justificaciones que se aportan se encuentra la existencia de una cierta incapacidad por parte de estas personas, que hace que en la mayoría de los casos les sea difícil seguir las conversaciones, mostrándose dispersos, con dificultades para expresar con claridad sus opiniones y para comprender los conflictos sobre los que se está debatiendo. No se considera que una persona con drogodependencia sea capaz de adquirir los compromisos restaurativos de forma efectiva, ni que disponga de las capacidades cognitivas y sociales suficientes para ser sometido a una mediación. Por ello, el mediador debe estar atento desde el inicio del proceso a esta característica, ya que un abuso de sustancias estupefacientes por parte del ofensor afectará su libertad (MERINO y MÉNDEZ 2012).

La consecución de una reparación satisfactoria se tornará complicada en estos casos, tanto el proceso de mediación en sí mismo para lograr un acuerdo, como posteriormente para que el ofensor lo cumpla, debido a tener mermadas sus facultades y tener una visión distorsionada de la realidad. Por esto, SÁNCHEZ (2011) determina que al mismo tiempo que se deriva el caso a mediación es necesario un compromiso firme del infractor de someterse a un tratamiento rehabilitador. Este deberá comenzarse de inmediato, y será el mediador quien apreciará a través de las distintas entrevistas si es hábil para continuar con las sesiones, o si, por el contrario debe terminar el tratamiento rehabilitador antes de continuar los diálogos. En definitiva, se trata de que paralelamente el victimario tome consciencia del daño que ha producido a causa de su grave adicción, y de que esta es real y debe someterse a una sanación. Consiguiéndose así un doble fin, reparar satisfactoriamente a la víctima, quién además es testigo de cómo su agresor recapacita y se resocializa a la par de cumplir los pactos acordados, y conseguir una efectiva desintoxicación del ofensor y una evitación de la posible reincidencia a causa de su adicción²⁹.

²⁹ SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M.P. *Justicia restaurativa, mediación penal y penitenciaria: un renovado impulso*. Madrid: Editorial Reus, 2011. Con este sistema se estaría implantando la justicia terapéutica, que surge tras la constatación de que la vía tradicional jurisdiccional expresada con el trinomio drogas-delitos-prisión no resulta eficaz.

6. Otros sujetos

6.1. Los letrados de las partes

Si en el proceso jurisdiccional penal el protagonismo en cuanto a defensa de las partes lo tienen los abogados, en la mediación son estas quienes tienen el monopolio, quienes marcan el desarrollo del proceso. Por ello, los letrados de las partes se echan a un lado en las negociaciones, ya que tanto la regeneración de la víctima, como la resocialización del ofensor son personalísimas, no son delegables en un tercero. Así, la labor de los abogados se ejercerá de forma reservada, asesorando a su cliente y velando, al mismo tiempo, por el cumplimiento de sus derechos. Garantizado que el proceso mediador se desenvuelva correctamente, y verificando que este no le perjudique, ya que el peligro de revictimización está presente siempre. Asimismo, es aconsejable que el cliente reciba los consejos sobre los límites dentro de los que se debe mover el pacto restaurativo que alcance para que sus derechos no resulten mermados o se cometan impunidades palmarias.

En cuanto a la asistencia de estos sujetos a la mediación, debido a su informalidad, ninguna norma lo prohíbe por lo que sería posible que estos estuvieran presentes durante el proceso. Desde el punto de vista de la víctima o el ofensor, sería muy recomendable que este estuviera presente durante todo el proceso, ya que como defensor de sus intereses, el testimonio directo de los diálogos mantenidos entre los participantes le permitirá un mejor asesoramiento de su cliente³⁰. No obstante, este sujeto no debe realizar ninguna actuación, limitándose a ser oyente para no contaminar el proceso de negociación entre las partes. Asimismo, para no vulnerar el derecho de igualdad de armas entre las partes, deben estar presentes los letrados de ambas partes. Es fuertemente aconsejable su presencia en los supuestos en que los participantes son sujetos especiales, ya que estos presentan características concretas y por lo tanto necesitan de ayuda extra³¹.

³⁰ GARCÍA GUILLAMÓN, C. *Cuestiones prácticas para la aplicación de la mediación penal*. Valencia: tirant lo blanch, 2016, p. 208. Siguiendo el Estatuto General de la Abogacía de 12 de junio de 2013, el abogado tiene la labor de de asesorar, conciliar y defender los intereses de su cliente. «Esta labor de asesoramiento legal (vetada a los mediadores) y, en su caso, de acompañamiento del abogado a su cliente durante todo el procedimiento de mediación, puede ser fundamental para que ésta llegue a buen término, obteniendo de tal forma el ciudadano la plena tutela judicial efectiva que tantos cuerpos legales preceptúan».

³¹ VELOSO IGLESIAS, C. *Justicia restaurativa y mediación penal en menores*. Director: Tomás Aliste Santos. UNIR, Departamento de Derecho Procesal, Vedra, 2018. Concretamente, en el proceso mediador con menores infractores la normativa sí que establece la obligación de que el abogado del ofensor sea oído sobre la medida restaurativa que el equipo mediador propone. No siendo vinculantes las manifestaciones que este haga.

6.2. Los familiares

La participación de estos sujetos directamente en el proceso mediador puede determinar el resultado de esta. En algunos casos puede ser el condicionante de la reparación de la víctima y la concienciación del ofensor, y en otros puede truncar completamente la consecución de una solución al litigio³². En general, se plantean objeciones a la conveniencia de que estos sujetos estén presentes en las sesiones, siendo el Juez quien tenga que dictaminar si estos pueden acudir al proceso mediador en atención a las necesidades del caso, y en qué términos, sin que pueda en ningún caso ser el defensor de los intereses de ninguna de las partes (MARTÍNEZ 2011). El mediador deberá velar aquí porque estos sujetos, externos a la controversia, no sobrepasen los límites marcados por el Juez para su intervención. Asimismo, deberá prestarles especial atención para que no se sobrepasen en su influencia sobre las partes, advirtiéndoles la posible mala fe de estos. Su papel se relega a la aportación de información que ayude en la buena marcha de las conversaciones y en la consecución de los objetivos de este mecanismo. De forma indirecta, estos sujetos pueden hacer presión a las partes fuera de las sesiones, coartando la libertad intrínseca de estas, y en consecuencia perjudicar o beneficiar el desenlace de la mediación.

6.3. La comunidad y la sociedad

En referencia a las fórmulas de mediación en las que se incorpora la comunidad a la mediación, estas también han sido objeto de críticas. En concreto se les reprocha, según MARTÍNEZ (2011, p. 27) «estar basadas en un modelo actualmente inexistente, que presupone el conocimiento y cohesión entre sus miembros, requiriendo además la participación de esos representantes un grado de madurez y empatía que muchas personas pueden no poseer, sin que resulte fácil decidir quién puede y en razón de qué erigirse en representante del interés colectivo y, en pro de su defensa, intervenir en la resolución del conflicto». Así, al igual que ocurría con los familiares, la comunidad debe tener un papel secundario en el proceso mediador. Solo debe actuar de forma directa en esta añadiendo información que ayude a las partes a conseguir una reparación efectiva. No obstante su

³² Ya que se trata de personas en quienes las partes confían, prestarán una mayor atención a las intervenciones que realicen. A modo de ejemplo, la apelación a la compasión de un familiar cercano será mucho más convincente que la que haga el mediador, ya que este, al fin y al cabo es un desconocido, mientras que de base las palabras que diga un familiar serán tomadas como fiables y presumirá se vierten a favor de sus intereses.

participación indirecta es inevitable, tanto las personas más allegadas que conforman la comunidad, como por ejemplo pueden ser los vecinos a quienes las partes ven todos los días aunque su relación no sea muy estrecha, como la sociedad en general que puede tener conocimiento del litigio en concreto por terceras personas o por los medios de comunicación, o que sin tener conocimiento de él se atreven en general a hacer valoraciones, condicionando en cualquiera de estas hipótesis la mediación.

III. DELITOS SUSCEPTIBLES DE SOMETIMIENTO A MEDIACIÓN PENAL

1. Delitos leves, menos graves y graves

La selección de los litigios que se someten a mediación toma como referencia diferentes variables. En esta sección se analizará la elegibilidad del asunto en función de su gravedad según la clasificación del Código Penal en delitos leves, menos graves y graves³³. En cuanto a los delitos leves, en muchos casos la sanción penal impuesta no complace a la víctima, ya que, a pesar de tratarse de hechos delictivos de poca entidad, la víctima puede sentirse ofendida ampliamente. Es por ello que ante ilícitos de este tipo de escasa relevancia, es absurdo que se continúe con el proceso penal o que siquiera se inicie este, porque las propias partes podrían tener el poder de solucionar una controversia sin necesidad de acudir a tanta burocracia.

Antes de seleccionar un asunto susceptible de mediación, el juez, toma en consideración en el caso de los delitos menos graves y graves, el hecho de si se ha producido la confesión de la autoría. A falta de regulación legal, este factor puede ser determinante

³³ MARCO FRANCIA, M.P. «Algunas reflexiones criminológico-penales sobre los abusos y agresiones sexuales a menores», *Diario La Ley Penal*, 2017, núm. 127. ISSN 1697-5758. «personas que han trabajado durante largo tiempo en mediación entienden que los delitos graves es un área importante en la que trabajar, sobre todo para la víctima porque ayuda a recuperar la seguridad en sí mismo y en sus sentimientos acerca del delito, para evitar el miedo y posteriores victimizaciones. En nuestra opinión, la justicia restaurativa sería el ideal de resolución de disputas en temas civiles, laborales y mercantiles y también puede tener un papel importante en el derecho penal en aquéllos delitos entre particulares en los que, por su escasa gravedad en términos de violencia, el perjudicado/a que voluntariamente lo decida, haya principalmente por ejemplo en delitos contra a la propiedad y delitos leves. Siempre en delitos donde no haya una relación de poder asimétrica entre perjudicado y delincuente y exista posibilidad o bien de una reparación pecuniaria o de un perdón por parte del perjudicado».

para que un caso sea derivado a mediación, ya que de existir dudas sobre la culpabilidad del ofensor, carecería de sentido acudir a un mecanismo de justicia restaurativa, ya que podría ser utilizada como un arma de ralentización del proceso penal por el investigado. No obstante, en los delitos leves sí que es posible la derivación de los asuntos sin haberse producido previamente declaraciones en este sentido. Siguiendo la Guía, basta con que el investigado no niegue la existencia de los hechos delictivos. Igualmente, sería suficiente con que el juez apreciara indicios suficientes de la participación del ofensor en la comisión del delito para decidir derivarlo a mediación, ya que no debe olvidarse que el artículo 24.2 CE reconoce los derechos del investigado a no declarar en contra suya y a no confesarse culpable (ARMENGOT 2016). Ello en ningún caso implica que el sometimiento a mediación constituya una confesión, quedando protegido el investigado por la presunción de inocencia hasta que se dicte la resolución condenatoria o absolutoria. Igualmente, fuera de los casos de delitos leves, en que es posible que el acuerdo restaurativo alcanzado sustituya la sanción penal si es así convalidado por el juez, en el resto de casos esto no será posible, debiendo convivir los pactos reparatorios con la clásica sanción penal (MARTÍNEZ 2011).

Asimismo la Guía reconoce la perjudicialidad de la creación de un listado cerrado de hechos delictivos que se pueden someter a mediación, siendo lo ideal tomar en cuenta varios criterios y aplicarlos al caso concreto. En cuanto a la variable analizada en este apartado, la mediación en delitos leves siempre debe examinarse ya que en la mayoría de casos estos se originan a partir de relaciones personales, familiares o laborales, y la solución impuesta por el Juez no resolverá en realidad las diferencias entre las partes. Con lo que la resolución jurisdiccional puede constituir el germen de múltiples posteriores denuncias cruzadas entre los sujetos, agravando así la situación ya grave de lentitud en los tribunales. En el resto de delitos más graves, es la víctima quien debe tener el poder de decisión, porque si bien es cierto que en estos el bien jurídico protegido es de mayor relevancia, las experiencias evidencian enormes beneficios restaurativos para las víctimas. Incluso se aconseja en los delitos muy graves luego de la sentencia condenatoria y del cumplimiento de un mínimo de tiempo de la pena de prisión.

2. Elegibilidad en función de los sujetos

Aquí se hace referencia a las características concretas de la víctima y del ofensor. En la fase previa de selección de los asuntos derivables, el Juez de forma indirecta conocerá

estas circunstancias concretas, y decidirá su idoneidad. Durante el proceso, será el mediador el encargado de verificar tal capacitación, confirmando que efectivamente no existe predominancia de una parte sobre la otra. Una de estas características es la reincidencia del infractor, que, según la Guía, no debe ser un factor suficiente para denegarle la posibilidad de acudir a mediación. Los diferentes delitos se cometen en momentos vitales distintos, en los que el sujeto puede haber evolucionado psicológicamente, y por ello se valorará individualizadamente cada delito que cometa. No obstante, cuestión diferente es si el condenado ya se ha sometido antes a mediación con aparentes exitosos resultados, y ahora se estudia su derivación por hechos similares. En estos casos la reparación con la víctima fue satisfactoria pero no la resocialización del delincuente. Lógicamente en estos casos semeja que el castigo que debe recibir el ofensor debe ser más severo, pero no por el hecho de que finalmente la sanación del ahora nuevamente investigado haya fracasado, debe privarse a la víctima de ser reparada aunque sea parcialmente.

De lo expuesto se desprende que si una de las partes rechaza la propuesta de acudir a mediación, esta no se producirá. Es por esto que realmente el monopolio en la elegibilidad de los asuntos la tienen los protagonistas en ella. Y en consecuencia, si no existe esta dualidad de partes no puede haber reparación. Por lo tanto se pueden excluir de la posibilidad de mediación aquellos supuestos en que no existe una víctima, como por ejemplo delitos de peligro abstracto, contra bienes colectivos, o supra individuales. En estos casos no se exige la existencia de una víctima para que se entiendan consumados estos delitos. Como se vio, la LECRIM otorga legitimación a asociaciones de víctimas y otros colectivos que defienden los intereses de una pluralidad de individuos para interponer la acción penal. Por ello también debe, al menos, examinarse por el Juez su idoneidad para acudir a mediación si así lo solicitan. Es innegable que si esto se produjese podría traer beneficios al colectivo ya que los acuerdos restaurativos alcanzados puede incluir medidas que consistan en la realización de ciertas actividades por parte del ofensor a favor de ese colectivo, en concreto ayudando a prevenir la reiteración de hechos similares.

3. Especial mención a los delitos de violencia de género

En este apartado hay que partir de la premisa de que estos supuestos no son elegibles ya que la ley así lo prohíbe expresamente³⁴ tal como se ha visto. Por lo que en este apartado se examinará la conveniencia de que se abra esta posibilidad³⁵. Así, sería imprescindible un previo análisis del tipo de delito que se ha cometido, su gravedad, y las características psicológicas tanto de la víctima como del ofensor. Hay que apuntar que si bien la mediación penal está completamente excluida no se hace mención expresa a que también se extienda al ámbito civil. No obstante, tal como apunta CANO (2014), «esta postura del legislador de prohibición absoluta de la mediación es criticada por la mayoría de la doctrina por cuanto sostiene que la experiencia en otros países ha demostrado que es en este tipo de conflictos donde la mediación obtiene mejores resultados». En todo caso se coincide en la prudencia que debe tenerse en estos casos que se deben tratar de forma cuidada y delicada. El universo de las víctimas de violencia de género es muy amplio abarcando desde mujeres maltratadas de formas continua a aquellos casos de riñas puntuales. Por lo que se considera que solo en aquellos asuntos en que la violencia física es grave se debe proceder a una interdicción completa.

Asimismo, estos casos especiales requieren una adecuación del proceso mediador, implantando en este ciertas medidas, como la puesta a disposición de la víctima de todos los apoyos sociales y psicológicos para que se produzca un equilibrio efectivo entre la víctima y el ofensor y quiebre el sometimiento al hombre. Esto significa que se tendrán que estudiar exhaustivamente las facultades mentales de ambos sujetos. Porque, a modo de ejemplo, en el caso de la víctima, la gravedad de los hechos puede haber detonado en esta una situación de incapacidad mental temporal o permanente que le impide seguir las conversaciones y los diálogos de forma consciente. O por el contrario, de las características que presente el ofensor puede deducirse una personalidad tal que revele que nunca será capaz de cumplir efectivamente un acuerdo restaurativo.

³⁴ Artículo 87 ter apartado quinto de la LOPJ. «En todos estos casos está vedada la mediación».

³⁵ Este precepto de interdicción absoluta de la mediación en casos de violencia de género está amparado asimismo por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia C-483/09, que con motivo de una cuestión prejudicial planteada por la Audiencia Provincial de Tarragona en relación al contenido del concepto víctima, permite que sean los Estados quienes decidan las tipologías de infracciones en el ámbito familiar que pueden ser sometidas a mediación.

La importancia de realizar un análisis exhaustivo de cada caso se aprecia en la Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre de Medidas de Protección Integral Contra la Violencia de Género. En su artículo primero se reconoce la necesidad de una protección reforzada a las mujeres debido a la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres constatada en la práctica. Asimismo, de este precepto se desprende que cualquier violencia, sea física o psicológica, ejercida por un hombre hacia una mujer, se presume violencia de género, y por lo tanto automáticamente habrá una desigualdad entre las partes insalvable. No obstante, como se ha mencionado, existen casos y casos, todos diferentes y la existencia de una desigualdad física no conlleva la consiguiente moral. Por lo tanto la clave para valorar la elegibilidad de estos supuestos está en la verificación efectiva de la existencia de un contexto de dominación (LARRAURI 2009). En este sentido, el artículo 44.4 de la misma ley matiza que, el Juez puede considerar que los actos de los que conoce no constituyen violencia de género, pudiendo remitirla a otro órgano judicial competente o simplemente desestimándola³⁶. La relevancia de este precepto es tal ya que el castigo penológico previsto para delitos de violencia de género es mayor, por lo que la exactitud en la valoración de los hechos puede comportar una diferencia muy grande para el ofensor. Así como en estos casos es el Juez quien tiene la última palabra, en la hipótesis de que se eliminara el veto a la mediación de la Ley Orgánica 1/2004, análogamente este sería el encargado de valorar las circunstancias concretas y derivar a mediación penal.

³⁶ Es menester realizar una puntualización en referencia a la Ley 4/2015, que en su Preámbulo realiza alusiones a distintos sujetos vulnerables de forma expresa, en concreto a los menores que se encuentran en un entorno de violencia de género o violencia doméstica, víctimas de trata de seres humanos, personas con discapacidad, o menores de edad víctimas de abuso, explotación o pornografía infantil. A todos estos colectivos la norma les concede una protección extra garantizándoles el acceso a los servicios de asistencia y apoyo con el objeto de facilitar su recuperación integral (CASTILLEJO 2016). Esta idea de proteger a una pluralidad de colectivos vulnerables choca con que no se hayan incluido las víctimas de violencia de género. Por un lado parece que estas se encuentran en peores condiciones que los sujetos que integran estos colectivos, y por lo tanto exigen una precisión normativa especial, y por otro lado, da la sensación de que hay una desidia por parte del legislador respecto al colectivo víctimas de violencia de género, apreciable en las escasas, en concreto cuatro, y breves actualizaciones que se han producido en los últimos quince años de la Ley Orgánica 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

IV. EFECTOS DE LA MEDIACIÓN PENAL

1. En las partes

1.1. El efecto restaurativo

La mediación penal debe entenderse como un subproceso dentro del sistema penal pero que tiene fines diferentes al proceso penal, y por lo tanto que tiene efectos diferentes de los de este. La vía tradicional parte de la existencia de unos hechos delictivos que amenazan con una pena para evitar su reiteración o su comisión, mientras que en el proceso mediador se desliza la atención hacia la víctima y su reparación. Así, el efecto principal que persigue este mecanismo es el restaurativo, devolviendo a las partes la paz y confianza en sus relaciones y con el entorno. Esto se consigue mediante el cumplimiento del acta de reparación alcanzada que puede contener una variada tipología de medidas: «petición de disculpas formales, compromiso de tratamiento terapéutico, pago a la víctima, realización de trabajos de reflexión, compromiso de no reincidencia, declaración formal de respeto mutuo, retirada de la renuncia, donación a instituciones benéficas, establecimiento de pactos de convivencia, devolución de objetos sustraídos, reparación simbólica, disolución de la sociedad de gananciales, etc.» (RÍOS *et al.* 2016, p. 62). Como se observa, la naturaleza de la reparación del daño dista de la clásica concepción de la cuantificación de esta responsabilidad civil en una suma pecuniaria. De ello se deduce que la compensación económica a la parte perjudicada es una mera opción dentro del catálogo abierto de medidas que se pueden pactar (FERNÁNDEZ 2015).

A continuación se analiza el efecto restaurativo en cada una de las partes protagonistas en el proceso. Por un lado, la víctima, antes de someterse a mediación hará una reflexión sobre las ventajas y desventajas de acudir a ella tras las informaciones recibidas sobre las características de este tipo de proceso. Entre los argumentos a favor se encuentra la apertura de la posibilidad de que sea compensada de los daños y perjuicios sufridos, y la recuperación de la tranquilidad interna³⁷. Durante las sesiones, se establece un

³⁷ Esta restauración de la paz interior de la víctima se realiza a través de la expresión por parte de esta de las emociones que sintió en el momento de cometerse los hechos delictivos, que siente actualmente después de haber reflexionado sobre lo ocurrido, y que cree sentirá si no se produce una reparación psicológica o de los temores que tiene hacia el futuro, y que podrán afectarle de por vida a su forma de vivir. Así, la persona mediadora ha de conseguir que las personas se puedan sentir libres de expresar todas sus emociones y pensamientos (ROMERA 2012).

diálogo entre víctima y ofensor que debe ser transparente, y con el objetivo de buscar una respuesta que compense de forma total el mal causado. La atenuación de su dolor se puede lograr a través del perdón del acusado, su arrepentimiento, o la petición de perdón, es decir, fórmulas de carácter moral, de apelación a los sentimientos y emociones de las partes, que permiten elevar la autoestima del perjudicado. En los casos más leves, esta será la única vía posible de reparación de la víctima si el ofensor no posee medios económicos suficientes. En este sentido, otra ventaja de la mediación es que en cuanto al resarcimiento económico, se puede pactar una contraprestación pecuniaria sin tener que esperar a que esta sea determinada por los tribunales, y luego de ello que aún esta no sea satisfactoria. No obstante la víctima no puede llevarse a equívoco considerando que la mediación supondrá una terapia definitiva, la reparación mejorará su calidad de vida pero no surte unos efectos inmediatos de total regeneración. No es posible que la víctima borre de su mente y de su cuerpo todas las emociones y experiencias desagradables vividas, por lo que el efecto sanador es difuso y no se produce en un momento concreto.

En cuanto a las motivaciones internas que pueden llevar a aceptar la mediación al ofensor, en primer lugar podemos citar la oportunidad de evitar pasar por toda la burocracia de un proceso penal completo, con todas sus etapas y protocolos, que para un delincuente primario pueden resultar bastante incómodos³⁸. La posibilidad de que en la fase de investigación de los hechos delictivos se puede archivar la causa, o incluso no dar tramitación a la denuncia en los casos más leves, sin duda constituyen argumentos de peso para aceptar la mediación. En segundo lugar, la posibilidad de que la mediación se pueda producir en cualquier momento procesal, hace que si bien al principio no se plantee esta cuestión, una madurez de la idea puede hacer cambiar su opinión. Un tercer argumento, que puede ser visto de forma positiva o negativa, es si acudir a mediación le va a resultar perjudicial o no. Es decir, si evitar el proceso judicial le reportará tener que asumir una compensación mayor, dando lugar a una especie de «enriquecimiento injusto» de la víctima (FERNÁNDEZ 2012, p. 176).

³⁸ Siguiendo a FERNÁNDEZ (2012, p. 178), «sólo quienes han tenido que acudir ante los órganos judiciales pueden hablar de lo desorientados y desinflamados que se sintieron ante la sucesión de trámites autoridades y escritos que pasaron ante sus ojos sin llegar a comprender realmente el significado de lo que allí se trataba, pero hay que decir que no se trata de un obstáculo, sino de uno de los inconvenientes derivados del propio funcionamiento del sistema, de manera que si en el sistema está el problema, en el propio sistema debería encontrarse la clave para su solución.»

Por último, en el plano puramente emocional, es probable que la motivación de la víctima se guíe por una negación a anclarse psicológica y moralmente a los graves hechos sufridos. La idea del mantenimiento en la mente a perpetuidad de un sentimiento de venganza constante no es muy halagüeña a la hora de compaginarla con el día a día. Ese sufrimiento permanente puede hacer que la víctima anhele reequilibrar su situación y serenar su vida cotidiana. Por otro lado, las emociones del agresor pueden aflorar diferidas en el tiempo. El nacimiento de un sentimiento interior de cargo de conciencia se agrava con el tiempo, derivando en algunos casos en el surgimiento de una preocupación por la víctima y el deseo de quererse comunicar con esta para aliviar el sentimiento de culpa³⁹ (RÍOS *et al.* 2011). Por ello, es imprescindible que en las sesiones de mediación se apele a los sentimientos de las partes, se haga un recorrido personal y emocional previo de ambas, de manera que estas puedan empatizar de forma más profunda.

1.2. La responsabilidad criminal

Los beneficios de la mediación penal para el sistema judicial han sido reiterados⁴⁰, no obstante se centra la preocupación por la cuestión de que el ofensor pueda sustraerse del sistema de justicia penal y así negociar su pena. Concepción que dista de la realidad ya que el victimario no puede obviar su responsabilidad penal o criminal, su responsabilidad por la acción antijurídica cometida no se puede soslayar aún sometiéndose a mediación. Sino que esta, siguiendo el *Handbook on Restorative Justice*, puede ofrecerles otros provechos, como asumir la responsabilidad por la ofensa realizada y entender los efectos de esta en la víctima, expresar sus emociones respecto a los hechos delictivos que ha cometido y recibir la ayuda necesaria para poder reparar el daño causado a la víctima y su familia, o el conseguir cerrar una etapa de su vida a través de la materialización de su perdón en un arrepentimiento restaurativo con las víctimas.

³⁹ En algunos casos este sentimiento emerge tras terminado el proceso jurisdiccional, con la sentencia condenatoria y al verse la inminencia del ingreso en prisión, o ya dentro de esta a través del contacto con el dolor ajeno de otros compañeros encarcelados. Cuando surge el sentimiento de culpa, la idea de lo irreparable puede llevar al ofensor a un estado de ansiedad que puede derivar en ideas de suicidio (RÍOS *et al.* 2011, pp. 155-156).

⁴⁰ Algunos de los beneficios más comentados son, la reducción de costes económicos, la rentabilización de medios materiales y personales de justicia, mejoras en el funcionamiento del sistema de justicia con una consecuente mejora de la idea que tienen los ciudadanos sobre la justicia, o el aligeramiento de la carga de asuntos en los Tribunales (FERNÁNDEZ 2011, pp. 138-139).

A mayor abundancia, el Código Penal matiza la responsabilidad penal en algunos casos, es decir, que el resultado exitoso de la mediación puede traducirse en una atenuación de la pena prevista para los hechos delictivos cometidos (PERULERO 2012). Así, en primer lugar se puede hablar de una atenuación de la pena si el juzgador, aplica una atenuante del artículo 21 apartado quinto del Código Penal de reparación del daño, que es susceptible de apreciación simple o muy cualificada según el momento en que se haya producido a la reparación. En segundo lugar, la pena reparadora impuesta, que se refiere por ejemplo a los trabajos en beneficio de la comunidad, se puede ver convalidada por los pactos alcanzados en mediación. Y en tercer lugar, la ejecución de la pena impuesta puede ser suspendida en virtud de los artículos 80 a 87 del Código Penal, siempre que sea inferior a cinco años de prisión, con el objetivo de que el victimario cumpla con los compromisos adquiridos con la víctima en el proceso mediador⁴¹.

En la jurisprudencia se pueden encontrar incontables ejemplos sobre la aplicación de estos criterios. En el ATS, Sala Segunda de 7 de septiembre de 2009, se deniega la aplicación de la atenuante del art. 21.5ª del Código Penal porque el Tribunal no aprecia que la reparación haya sido suficiente, significativa y relevante, ya que si bien se produjo el arrepentimiento del ofensor, no la reparación efectiva de la víctima cuando disponía de los medios adecuados para ello. En sentido adverso falla la Audiencia Provincial de Álava en la sentencia 357/2013 de 23 de octubre de 2013, en la que sí se aprecia la atenuante de reparación ya que los acuerdos de compensación económica se han cumplido, y el victimario ha mostrado su arrepentimiento.

Así, el legislador y la jurisprudencia ofrecen facilidades para que el ofensor cumpla eficientemente con los compromisos adquiridos. Estos se contienen en un acta de reparación que presenta las características objetivas, subjetivas, y formales de las obligaciones con carácter vinculante para las partes en ejercicio de su autonomía de la voluntad, incluyéndose este acuerdo en la cosa juzgada. Por lo tanto, la negociación durante las sesiones de mediación tiene que llevarse a cabo únicamente sobre derechos y obligaciones disponibles para que la formación del contrato sea válida (FERNÁNDEZ 2011). Así, la fuerza de cosa juzgada que posee este acuerdo no se alcanza plenamente, ya que

⁴¹ Asimismo la LOGP en sus arts. 47.2 y 65.2 establece la posibilidad de que se concedan permisos de salida para cumplir estos fines durante la ejecución de la pena de prisión.

hasta su homologación por los tribunales estará falto de formalidad para poder ser ejecutable.

2. Eficacia procesal

Como se puede advertir de lo expuesto hasta el momento, la mediación penal puede afectar al proceso penal que sigue de forma diferente, en función de las concretas circunstancias de cada asunto. La jurisprudencia reconoce claramente la validez de los procesos de mediación⁴², y se hacen malabares para intentar incardinar la reparación de las víctimas, en base a las normas procesales vigentes, de la manera más coherente. Hay que diferenciar la fase procesal, así como el tipo de delitos en que se introduce la mediación, y de qué forma, para conocer los diferentes efectos que se pueden producir. En primer lugar, en fase de investigación de los hechos delictivos, o en caso de los delitos leves, en la fase de tramitación del juicio por faltas, es el Juez, quien, tras un primer análisis decide derivar el asunto a mediación, siempre con previa comunicación al Ministerio Fiscal y sin oposición de este. El momento ideal para que se produzca la mediación es este ya que se está en un momento inicial del procedimiento, lo que permite obtener un acuerdo mediador antes de la fase de juicio oral, así como al Ministerio Fiscal fijar su postura en cuanto se le comunique el acta de reparación. Si las partes se demoran en aceptar ir al proceso restaurativo, se arriesgan a que, si las sesiones de este se prolongan, retrasen el juicio oral.

En segundo lugar, ya que la mediación es posible en cualquier fase, tanto el Juez de oficio como a solicitud del Ministerio Fiscal, puede proponerse la derivación incluso en el juicio oral. Lo que retrasaría su celebración hasta que las partes terminen el proceso mediador, que puede resultar exitoso o fracasar, debiéndose proceder al enjuiciamiento en los mismos términos en que se iba a proceder la celebración de la primera vista. En cualquier caso es el Juez quien decide el plazo para la realización de la mediación, y en virtud del principio de flexibilidad, podrá ampliarlo si lo solicita el equipo de mediación a la vista de las

⁴² SAP de Álava 357/2013 de 23 de octubre de 2013, Rec. 9/2013 «La mediación-reparación, como institución, a diferencia de lo que ocurre en la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de los Menores, no está regulada en el Código Penal ni en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (sí en el que fue Anteproyecto de Código Procesal Penal), pero en línea con ciertos tratados internacionales, y especialmente la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo de 2001, recientemente sustituida por la Directiva 2012/29/UE, de 25 de octubre de 2012, y entre otras la Recomendación núm. R [99] 19 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, en España se están llevando a cabo experiencias piloto, más o menos extendidas, de favorecimiento de procesos de mediación-reparación entre víctima y victimario».

altas probabilidades de alcanzarse un pacto entre las partes. El juicio oral comenzará, si así lo acuerdan las partes con el trámite de conformidad, en el que se podrá modificar el escrito de calificación de conformidad con el artículo 787 LECRIM. En estos casos, el Juez o Tribunal valorará este nuevo hecho y resolverá conforme a lo debatido. Las ventajas de que se incorpore un acuerdo restaurativo hasta la fase de juicio oral son evidentes para el ofensor, ya que el Juez o Tribunal podrá apreciar la existencia de una atenuante del artículo 21.5ª del Código Penal de reparación, incluida la intensidad de muy cualificada, siempre que se hayan comenzado a ejecutar los compromisos reparadores. Incluso la jurisprudencia reconoce la posibilidad de aplicación de la atenuante del artículo 21.7ª del Código Penal de analogía, como una «posible conciliación-reparación, que no conlleva ningún tipo de satisfacción económica, pero sí moral que satisface a la víctima.»⁴³

Por último, también es posible que se produzca la derivación del caso a mediación en la fase de ejecución, es decir, tras la sentencia condenatoria, siempre que no se haya producido la suspensión de la pena. En estos casos, se concederá un plazo adecuado para que se practique la mediación y los efectos de alcanzarse un acta de reparación se traducen en la suspensión de la pena supeditada al cumplimiento de los compromisos. Este es el único beneficio procesal que puede obtener el victimario si el acuerdo mediador se produce en esta fase.

Garantizar el cumplimiento del acuerdo mediador es vital para que se mantengan los efectos procesales que se han esgrimido. Por ello, es importante que los pactos alcanzados sean realizables, que expresen la voluntad real de las partes, de lo contrario podría impugnarse la validez del acuerdo alcanzado⁴⁴. En cualquier caso, el acuerdo adoptado es vinculante, por ello se supeditan los beneficios concedidos en virtud de este a su cumplimiento. De lo contrario, en cuanto se obtuviese la resolución judicial, el ofensor dejaría de cumplirlos. Así, la jurisprudencia no aplica las atenuantes penológicas a menos que el infractor haya cumplido plenamente con sus obligaciones reparatorias⁴⁵.

⁴³SAP de Álava 357/2013 de 23 de octubre de 2013, Rec. 9/2013.

⁴⁴ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.A., *op cit.* «Por tanto, considera el Libro Verde que es imprescindible que el acuerdo final sea fiel reflejo de la voluntad de las partes, a fin de evitar consecuencias indeseables que llevarán a cuestionar su validez y eficacia».

⁴⁵ ATS 12356/2009 de 7 de septiembre de 2009, Rec. 10227/2009. «Por lo que respecta a la aplicación del artículo 21.5ª del Código Penal, dicho precepto requiere que el culpable haya procedido a reparar el daño ocasionado a la víctima, o a disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del juicio oral. La razón de ser de esta atenuante es, por lo tanto, la de proteger a las víctimas

V. LA CONVENIENCIA DE UNA LEY DE MEDIACIÓN PENAL

1. Estado actual de la cuestión

A lo largo del presente trabajo se han ido mencionando las diferentes normas que de algún modo infieren en la mediación penal. En concreto, no existe a día de hoy una ley específica que desarrolle la mediación penal en adultos. El panorama actual es paradójico, por un lado la Ley 1/2004 prohíbe expresamente toda posibilidad de mediación en supuestos de violencia de género, y la Ley 5/2012 excluye de su aplicación la mediación penal. Y por otro lado, tanto la jurisprudencia⁴⁶ como la doctrina avalan ampliamente el uso de este mecanismo. Este impulso es en parte, fruto del contagio europeo, ya que en los países de nuestro entorno proliferan las normas en esta materia⁴⁷, y en parte debido a los imperativos comunitarios, que se vienen produciendo desde hace tiempo⁴⁸. Los incumplimientos por parte de España de esta normativa son casi escandalosos, ya que el plazo para introducir el contenido de la Decisión marco 2001/220/JAI en los ordenamientos internos, finalizó el 22 de marzo de 2006. Si bien es cierto que la regulación en materia penal de menores se produjo en el año 2000, esta no responde a las exigencias comunitarias de impulso de la mediación, ya que esta regulación es anterior a la Decisión marco 2001/220/JAI. Así, «nuestro Estado se remitió al Código Penal y a la Ley de Enjuiciamiento Criminal por

por obvias razones de política criminal. En cambio, el mero arrepentimiento del penado no determina la aplicación de la atenuante del artículo 21.5ª del Código Penal.

En relación con la atenuante de reparación del daño causado, recuerdan numerosas sentencias de esta Sala - por todas, SSTS nº 179/2.007, de 7 de Marzo, nº 145/2.007, de 28 de Febrero, o nº 1.006/ 2.006, de 20 de Octubre - que esta circunstancia, de naturaleza predominantemente objetiva, responde a razones de política criminal orientadas hacia la protección de la víctima, y requiere para su estimación la concurrencia de dos elementos: 1) El primero, de carácter cronológico, en cuanto la indemnización o reparación deberá llevarse a efecto con anterioridad a la fecha de la celebración del juicio; 2) El segundo, de naturaleza material, consistente en la reparación del daño causado por el delito o la disminución de sus efectos, sea por la vía de la restitución, de la indemnización de perjuicios o incluso de la reparación moral».

⁴⁶ Véanse la SAP de Valladolid nº149/2012 de 30 de abril de 2012 rec. 2/2012, la STS 1006/2006 de 20 de octubre de 2006 rec. 439/2006, o la SAP de Álava 357/2013 de 23 de octubre de 2013 rec. 9/2013.

⁴⁷ Véanse el Decreto Legislativo 274 de 28 de agosto de 2000 de Italia, el artículo 41-1 del Código de Procedimiento Penal francés, o la Ley 21/2007 de 12 de junio de Portugal por la que se crea un plan de mediación (SOLER e IGLESIAS, 2016).

⁴⁸ Recuérdense la Decisión marco 2001/220/JAI que en su art. 10.1 establece que «Los Estados Miembros procurarán impulsar la mediación en las causas penales para las infracciones que a su juicio se presten a este tipo de medida» y la Directiva de 2012 en su párrafo (46) «Los servicios de justicia reparadora, incluidos, por ejemplo, la mediación entre víctima e infractor, las conferencias de grupo familiar y los círculos de sentencia, pueden ser de gran ayuda para la víctima».

considerar que ambos textos legislativos cumplieran con las previsiones de la Decisión marco y cubrían con creces la protección que esta otorgaba» (BLÁZQUEZ 2013, p. 910). En cuanto a la aplicación de la Directiva de 2012, el plazo para su transposición finalizó en septiembre de 2017, no obstante, España cumplió de forma ambigua con su obligación a través de la Ley 4/2015. Y decimos que su transposición no es completa porque las menciones a la mediación en esta ley se hacen de forma muy general, limitándose a incluir los principios básicos recogidos en la Directiva traspuesta⁴⁹.

Todas estas presiones para implantar la mediación no han sido suficientes hasta el momento para «respaldar legalmente lo que *de facto* hace tiempo que constituye una realidad en muchos de los Juzgados y Tribunales penales» (AGUILERA 2012, p. 316). No obstante, esta situación de «anomia legal sobre este instrumento, si bien dificulta su generalización, no impide su persistencia, ni que vaya ganando cada vez más defensores entre los distintos profesionales que trabajan en conexión con el sistema de justicia penal» (MARTÍNEZ 2011, p. 43). Por todo ello, consideramos que el legislador está abocado a desarrollar una normativa en esta materia, tal como hizo con la mediación en asuntos civiles y mercantiles. La diferencia con la Ley 5/2012, es que en la práctica se han desarrollado numerosos programas de mediación penal⁵⁰, cuyos resultados se podrían aportar a la creación de una ley en mediación penal y ejecutando, por lo tanto, una norma más precisa, completa y actualizada. Esta especificidad es imprescindible ya que las diferencias entre ambos contextos son evidentes (OLALDE 2017).

2. La necesidad de una norma completa

1.1. Sujetos especiales.

Teniendo en cuenta como base de partida la Ley 5/2012, que establece el proceso mediador de forma escueta, una ley de mediación penal debe incluir, entre sus preceptos,

⁴⁹ A modo de ejemplo, la Ley 4/2015 incluye expresiones como «la posible actuación de los servicios de justicia restaurativa», «el procedimiento de mediación no entrañe un riesgo para la víctima», «los debates desarrollados dentro del procedimiento de mediación serán confidenciales» o «La víctima y el infractor podrán revocar su consentimiento para participar en el procedimiento de mediación». Estas proclaman los principios de seguridad, confidencialidad y voluntariedad en la aplicación de la mediación de forma tan laxa, que las víctimas podrían verse desprotegidas.

⁵⁰ El desarrollado en Valencia en 1993 entre la Oficina de Atención a la Víctima y el Juzgado de Instrucción nº2, el de la Asociación Apoyo en Madrid en 1998, el mismo año el de la Dirección General de Medidas Penales Alternativas y Justicia Juvenil de la Generalitat de Cataluña, o en el año 2000 el Proyecto piloto de mediación penal en adultos desarrollado en la Rioja (MARTÍNEZ 2011, pp. 43-44).

ciertos supuestos concretos, con sujetos especiales, como parte ofensora o como víctima, tal como se analizó en este trabajo. Así, es necesario hacer un proceso de selección previo en función de las características de los sujetos. En muchos casos de mediación civil apenas se requiere una fase de preparación o esta es innecesaria, mientras que «en la mayoría de programas de justicia restaurativa, la preparación individual es percibida como imprescindible y arquetipo diferenciador. En los casos de violencia grave, la preparación y el seguimiento son extensos» (OLALDE 2017, p. 190). Por lo tanto, esta fase previa es crucial, sobre todo en los casos en que alguna de las partes es más vulnerable por ser víctima de violencia de género, menor, persona jurídica, o drogodependiente entre otros sujetos especiales, ya que permite discriminar en función del estudio detallado de los sujetos si es posible que se lleve a cabo un proceso mediador de forma segura, y se pueda alcanzar un acuerdo restaurativo eficaz.

1.2. Mediación en las distintas fases del proceso

1.2.1. Mediación extrajudicial

Debido a la aplicación del principio de oficialidad, la mediación penal exige de la existencia de unos hechos delictivos y en consecuencia el inicio de un proceso penal. Por ello, hay que recalcar que la mediación extrajudicial no es mediación penal, sino que hace referencia a la mediación policial. Si bien sus fines son compartidos, reparación y solución de conflictos, aparte de que los hechos cometidos no constituyen delito, su función es preventiva (GALLARDO e HIERRO, 2016). Actualmente este tipo de mediación se ampara legalmente en la Ley Orgánica 2/1986 de 13 de marzo de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado⁵¹ y en la Ley 5/2012, ya que esta norma es de aplicación subsidiaria y no excluye su aplicación en este tipo de conflictos. Consideramos importante la inclusión de este tipo de mediación en una posible Ley de Mediación Penal ya que existen infinidad de casos en los juzgados que son fruto de malas relaciones entre los miembros de la comunidad. Parte de estos conflictos podrían solucionarse por equipos de mediadores de la Policía, formados especialmente para estos supuestos. La eficacia de estos programas se demuestra en los

⁵¹ En concreto en el artículo 53.1 i) «Cooperar en la resolución de los conflictos privados cuando sean requeridos para ello».

resultados obtenidos de reducción en la saturación⁵², ya que la solución del conflicto evita una reiteración de las llamadas por el mismo problema, y al resolverse este se impide que evolucione de un mero desacuerdo en la convivencia a un hecho más grave, frustrándose así la llegada de este a los juzgados.

1.2.2. Mediación intrajudicial

A lo largo del presente trabajo se ha analizado este tipo de mediación penal, que podríamos calificar de pura, ya que es la única que se puede denominar propiamente así. La Directiva 2001/220/JAI en su artículo 10.2 establece la obligación de que los «Estados miembros velarán porque pueda tomarse en consideración todo acuerdo entre víctima e inculpado que se haya alcanzado con ocasión de la mediación en las causas penales». A la vista de las constataciones en la práctica del desarrollo de programas de mediación, consideramos que es necesario que se avalen estas situaciones legalmente. La existencia de una norma con unos protocolos de actuación bien definidos aportaría beneficios a la hora de coordinar el mecanismo de mediación, tanto para las partes, quienes perderían la desconfianza en este tipo de procedimiento al ver que se trata de un método completamente legalizado⁵³, como para los distintos sujetos ejecutores de esta, entre ellos los jueces, fiscales, mediadores o abogados, que dispondrían por fin de un texto legal por el que guiarse.

1.2.3. Mediación en la fase de ejecución de la pena.

La mediación en este punto se produce terminado el proceso penal y con una sentencia condenatoria, resolución que puede abarcar una pluralidad de resultados muy amplia. Es por ello que sería positivo una regulación de los protocolos de actuación, así como los efectos en función del castigo penológico impuesto. Por ejemplo, la obligación de reparación de la víctima en los casos en que el castigo impuesto no consista en una pena de

⁵² Estos resultados se han obtenido del programa de mediación de la Policía de Barrio desarrollado en Valencia desde 2009 en el marco del «Proyecto Europeo Safeland» (BERLANGA 2016, p. 415).

⁵³ MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., *op. cit.*, p. 6. «A pesar del grado de elaboración teórica alcanzado y de los buenos resultados prácticos obtenidos, se sigue percibiendo una cierta desconfianza hacia esta figura y un rechazo, a veces prejuicioso, a que los principios que la inspiran —diálogo, acuerdo de las partes, reparación...— puedan desempeñar un papel en el sistema penal. De ahí la necesidad detectada de seguir trabajando en la elaboración teórica que explique cómo la mediación, lejos de ser contraria a los fines preventivos del Derecho penal, incrementa las posibilidades de su consecución».

prisión, o el condicionamiento de la suspensión de la ejecución de una pena privativa de libertad al cumplimiento de acuerdos restaurativos. Y en los casos más graves en los que es imperativo que el condenado ingrese en un centro penitenciario, un desarrollo de la mediación penitenciaria con los fines de conseguir una reparación de la víctima y facilitar una reinserción social del ofensor (CERVELLO 2016). En este sentido, la Recomendación Rec 2006(2) del Comité de Ministros de los Estados Miembros sobre las Reglas Penitenciarias Europeas, dispone en su artículo 103.7 que «Los internos que lo deseen podrán participar en un programa de justicia reparadora y reparar las infracciones que han cometido». Así se estaría abriendo la posibilidad a la víctima de que pudiese ser reparada en cualquier fase del proceso penal, aplicándose de forma real el principio de flexibilidad⁵⁴.

1.3. Establecimiento de protocolos comunes de actuación

En España, como se mencionó anteriormente, se han implantado programas piloto de mediación penal en distintos ámbitos y en diferentes comunidades autónomas. Por lo que es conveniente armonizar en una Ley de Mediación Penal los resultados de todos estos proyectos para que la oferta de reparación a las víctimas sea igualitaria en todo el Estado, encontrándose en este momento al borde de que estas sufran indefensión a la hora de defender sus derechos reconocidos en la Ley 4/2015 dependiendo donde se juzguen los hechos delictivos. La práctica ha demostrado que existe un procedimiento de mediación más o menos definido, y basado en unos principios comunes.

De la observancia de este mecanismo en el ámbito intrajudicial se aprecia la constatación de siete fases. Una primera de selección de casos en la que impera el principio de oficialidad, y en la que, mediante solicitud de alguna de las partes o de oficio por el Juez o Ministerio Fiscal, se acuerde entre ambos la derivación del caso a mediación. Una segunda en la que se hace un estudio general por parte del equipo de mediación sobre los requisitos que deben cumplir las partes. Estas dos primeras fases se centran en el filtrado de casos mediante aplicación de criterios generales de selección. Se realiza un examen doble, de las «condiciones necesarias para poder empezar la mediación, que normalmente tienen que cumplirse en el acusado y, por otra parte, las restricciones estrictas tasadas en la ley que

⁵⁴ CERVELLO DONDERIS, V., *op. cit.* p. 182. «La razón de ello es la expansión del movimiento victimológico que trata de proteger a la víctima en todas las fases del *iter penal*: la instrucción, el enjuiciamiento, y también la ejecución de la condena»

impiden llevar a cabo la mediación en una serie de supuestos» (SOLER e IGLESIAS 2016, p. 305).

En la tercera fase se informa de manera adecuada a las partes, adaptándose estas informaciones en función de sus características concretas para que puedan decidir voluntariamente y con total libertad si quieren someterse a mediación. Esta puede comportar diversas actividades como un primer contacto telefónico entre el equipo de mediación y las partes, o entrevistas personales con las que se recabará toda la información posible de cara a afrontar la siguiente etapa del proceso (RÍOS 2016). En una cuarta fase, de estudio exhaustivo del caso por parte del equipo de mediación, este debe reunir y analizar todos los datos posibles antes de iniciarse las sesiones de negociación para conseguir unos resultados óptimos. La quinta fase es la más relevante, ya que abarca las sesiones mediadoras en las que se perfilarán los acuerdos restaurativos, y es el momento de mayor clímax porque las partes en el conflicto empatizan por primera vez, bien de forma directa o indirecta.

La sexta fase consiste en la redacción del acta que contenga los acuerdos alcanzados, es aconsejable que esté verificada por algún especialista en derecho, y que la ley defina claramente su contenido formal y establezca el carácter vinculante de esta, así como el tipo de compromisos que están prohibidos⁵⁵. Y por último, la homologación de ese acuerdo por el Juez, quien tiene ahora una función de control sobre los acuerdos alcanzados. En este sentido también es interesante que se regule una previsión sobre la proporcionalidad que debe ser apreciable en los acuerdos que se alcancen con respecto al daño causado, así como la razonabilidad y su adecuación con las buenas costumbres (SOLER e IGLESIAS 2016).

⁵⁵ MARTÍNEZ CAMPS, M.M., *Cuestiones prácticas para la aplicación de la mediación penal*. Valencia: tirant lo blanch, 2016, p. 242 «En la redacción de los acuerdos se utilizará un lenguaje claro y detallado y deberán contener como mínimo: datos de las personas firmantes; proceso judicial que corresponde con los hechos denunciados, y por tanto, con la resolución del conflicto; detalle concreto de los acuerdos o pactos (en este caso si la víctima o perjudicada decide renunciar a seguir con el procedimiento penal y/o a la cualquier indemnización que le pueda corresponder, es importante que en el documento de acuerdos se especifique concretamente, de esta forma el juzgado podrá valorarlo según considere oportuno); firma de los participantes en el proceso de mediación y reparación penal; lugar y fecha.»

VI. CONCLUSIONES

PRIMERA. De entre los diversos principios que informan la mediación penal, el más relevante procesalmente para el ofensor es el de oportunidad, ya que le permite acordar una solución con la víctima, controlada por el Juez y por el Ministerio Fiscal. Así, esta oportunidad no consiste en la facultad de sustraerse de la justicia, sino de participar activamente en la solución de la controversia, avalada por el principio de legalidad al tener que homologarse el acuerdo alcanzado en un proceso penal.

SEGUNDA. Garantizar el principio de voluntariedad implica que las partes reciban la información adecuada y completa sobre el procedimiento de mediación, adaptada a sus circunstancias concretas. Solo de esta forma tomarán una decisión libremente de aceptación o rechazo de acudir al proceso mediador.

TERCERA. El principio de confidencialidad no se practica de forma absoluta al proceso de mediación, sino que el mediador está obligado a denunciar los posibles hechos delictivos que se cometan durante este. Por ello, es recomendable que siempre exista un especialista en derecho presente durante las sesiones, para evitar posibles impunidades derivadas de la mediación.

CUARTA. Si bien el principio de neutralidad debe estar presente durante todas las fases de la mediación, su control no puede hacerse más que de forma indirecta a través de la valoración de los pactos a los que lleguen las partes y las justificaciones para adquirir estos. Durante las sesiones, el facilitador está deontológicamente obligado a mantenerse neutral, lo que garantizará el buen desarrollo de los diálogos.

QUINTA. La flexibilidad en todos los aspectos de la mediación es imprescindible ya que es la que permite que este tipo de mecanismo se adapte a cada caso concreto. No obstante, es necesario poner límites mediante una regulación para evitar que este se alargue demasiado hasta producir dilaciones indebidas, o acotando los sujetos que pueden intervenir en ella de cara a que esta sea exitosa.

SEXTA. El principio de oficialidad tiene dos significados muy diferentes en la mediación penal. Por un lado este se aprecia en el acto de homologación por parte del Juez del acuerdo alcanzado entre las partes, y por otro lado se aprecia en la gratuidad de este procedimiento, ya que se encuentra incardinado en el proceso penal.

SÉPTIMA. Tanto en el ámbito internacional como en el europeo se han emitido diferentes tipos de resoluciones a favor de los mecanismos de justicia restaurativa. No obstante, todas ellas son bastante recientes por lo que la implementación de los derechos de las víctimas en la práctica a través de estos instrumentos de reparación de las víctimas, se encuentra en una fase inicial, en la que la preocupación se centra en la seguridad de estos métodos, notando que debe ponerse especial cuidado en evitar la victimización secundaria.

OCTAVA. Los derechos procesales del ofensor no varían con su sometimiento a un proceso de mediación. Como consecuencia del principio de confidencialidad, este queda protegido y puede seguir manteniendo su presunción de inocencia tras este proceso. A diferencia de la víctima, cuyo reconocimiento de derechos es más reciente, los derechos del ofensor han sido tratados desde tiempo atrás, por lo que su garantía en la vía jurisdiccional está demostrada, mientras que los de la víctima aún necesitan de un desarrollo jurisprudencial.

NOVENA. El mediador es la pieza clave en el desarrollo de las sesiones de mediación, es un guía de sentimientos y emociones, un narrador que aclara y reformula las palabras de los intervinientes en la mediación, y un garante de derechos. Por todo ello es fundamental una formación profunda en habilidades psicológicas de este, pero también es importante la presencia de algún especialista en derecho conocedor de los límites jurídicos de la situación y capaz de valorar si el acuerdo hacia el que se dirigen las partes se ajusta a derecho. Así, conviene que el mediador esté formado por, al menos dos especialistas en distintas ramas.

DÉCIMA. El Ministerio Fiscal tiene una gran carga en cuanto a los procesos de mediación debido a ser el garante de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público. Sus valoraciones son decisivas tanto antes, en el proceso de selección de casos susceptibles de sometimiento a mediación, como posteriormente, en cuanto es comunicado sobre el acuerdo alcanzado y tiene que emitir su opinión sobre los pactos logrados, teniendo amplia discrecionalidad para considerarlos positivos o negativos para la víctima o el ofensor.

UNDÉCIMA. Algunos entes como las asociaciones tienen reconocido su derecho a acceder a la mediación como víctimas, no obstante ninguna norma prohíbe que el resto de personas jurídicas también puedan acceder a este mecanismo, por lo que cae en manos del Juez esta decisión. En tanto que ofensora, la mediación es vista con buenos ojos sobre todo por las empresas pequeñas que ven en este instrumento su salvación a un cierre inminente.

DUODÉCIMA. La aplicación de la mediación penal en los casos de víctimas de violencia de género debe realizarse, al igual que en el resto de casos, de forma adecuada a las circunstancias. En cualquier caso, tanto la víctima como el agresor en cualquier punto pueden decidir no continuar con la mediación, o incluso el mediador está facultado para suspenderla. Por ello, es incomprensible que el legislador vete de forma tajante la mediación en estos casos, cuando debería establecer un protocolo para que se llevara a cabo de forma segura.

DECIMOTERCERA. La especialidad de los casos de mediación con drogodependientes consiste en el compromiso que estos deben adquirir, junto con su aceptación de sometimiento al proceso mediador, de acceder a un programa de desintoxicación y comenzar al mismo tiempo. Así, a los efectos de reparación de la víctima y resocialización del ofensor, se le añade el de deshabituación con el objetivo principal de evitar su reincidencia delictual.

DECIMOCUARTA. La presencia de los abogados de las partes es aconsejable sobre todo si el equipo de mediación presente durante las sesiones es lego en derecho. No obstante, su actuación debe relegarse durante las sesiones a la de oyente, ya que el protagonismo lo tienen las partes, debiendo asesorar a su cliente en privado.

DECIMOQUINTA. Los familiares y otros sujetos allegados a las partes solo deben intervenir si lo requiere el equipo de mediación. En cualquier caso el Juez puede vetar la participación de cualquier persona en las sesiones de mediación, lo que hará previo informe del equipo de mediación ya que la simple presencia de algunos sujetos durante el procedimiento podría condicionar su correcto desarrollo.

DECIMOSEXTA. Es recomendable que no se realice un catálogo cerrado, en función de la gravedad, de los delitos que es posible someter a mediación ya que cada caso presenta unas circunstancias específicas. Lo ideal sería el establecimiento de unos criterios generales en base a los que el Juez puede denegar una solicitud de mediación, siendo la práctica la que vaya tasando estos supuestos.

DECIMOSÉPTIMA. Entre los criterios que debe valorar el Juez para decidir derivar un caso a mediación se puede incluir la apreciación de reincidencia del ofensor, habiéndose sometido ya a un procedimiento de mediación por hechos similares, lo que evidenciaría un fracaso en la resocialización. No obstante, no se pueden negar los beneficios restaurativos para la víctima, por lo que tampoco es aconsejable una delimitación en este aspecto, sino

una mera orientación de factores a tener en cuenta en los sujetos que ayuden al Juez a tomar su decisión.

DECIMOCTAVA. Las víctimas de violencia de género se ven privadas por nuestro ordenamiento de acudir a mediación para obtener una reparación en la que sean oídas. En congruencia con las anteriores conclusiones, no se debería privar a estos sujetos de acudir a mediación, ya que muchas mujeres son lo suficientemente fuertes psicológicamente para someterse a un procedimiento de mediación, y hacerle ver a su ofensor los graves daños que comporta su actuación, tanto a su víctima en concreto como a toda la sociedad en general.

DECIMONOVENA. El efecto restaurativo de la mediación penal se aprecia tanto en la víctima como en el ofensor. Ambos atraviesan un proceso con una carga psicológica importante, que continuará terminada la mediación. Su opinión respecto de los hechos ocurridos cambiará para ambas partes, y esta modificación no es instantánea sino que el proceso de recuperación tiene un tiempo indefinido según cada caso.

VIGÉSIMA. El ofensor no puede librarse de su responsabilidad criminal, ya que si bien la mediación penal es un mecanismo de resolución de conflictos, esta no es negociable. No es posible que la responsabilidad criminal por los ilícitos que haya cometido sea convalidada por la reparación a la víctima, pudiendo apreciarse únicamente alguna atenuación por el Juez.

VIGESIMOPRIMERA. La falta de una normativa que detalle todos los efectos procesales de una mediación penal, hace que tanto los Jueces como el Ministerio Fiscal tenga que hacer un esfuerzo para encajar esta en el proceso penal. No obstante, esta inexistencia siquiera de límites puede provocar en algunos casos la pérdida de eficacia del proceso penal.

VIGESIMOSEGUNDA. La amplia experiencia práctica en España de la mediación penal en los distintos ámbitos desde hace más de veinticinco años avala la necesidad de una Ley en esta materia. Esta norma debe ser completa, ya que se poseen resultados suficientes para hacer un desarrollo legislativo exhaustivo.

VII. BIBLIOGRAFÍA

ALONSO SALGADO, C. *La mediación en el proceso penal*. Valencia: tirant lo blanch, 2018.

ARROM LOSCOS, R. «Algunas cuestiones que suscita, en materia de protección de víctimas del delito, la vigencia del principio de confidencialidad en la mediación penal». *Diario La Ley*. 2018, núm. 130.

BLÁZQUEZ PEINADO, M.D., «La Directiva 2012/29/UE ¿Un paso adelante en materia de protección a las víctimas en la Unión Europea?». *Revista de Derecho Comunitario Europeo*. 2013, núm. 46, 897-934.

CANO SOLE, M.A. «La mediación penal como método de resolución de conflictos. Posibilidades de aplicación a los delitos de violencia de género y doméstica». *Diario La Ley Penal*. 2014, núm. 109.

CASABÓ ORTÍ, M.A. Y CASABÓ ORTÍ, L. «Mediación penal y la persona jurídica». *Diario La Ley*. 2017, núm. 9053.

CASANOVAS, P., MAGRE, J. Y LAUROBA, M.E. (dirs.). *Libro Blanco de la Mediación en Cataluña*. Cataluña: Departament de Justícia, Generalitat de Catalunya. Hyugens Editorial, 2011.

CASTILLEJO MANZANARES, R. (directora) y ALONSO SALGADO, C. (coordinadora) *Nuevos debates en relación a la mediación penal, civil y mercantil*. Santiago de Compostela: Universidade de Santiago de Compostela, Servizo de Publicación e Intercambio Científico, 2018.

CASTILLEJO MANZANARES, R. «El estatuto de la víctima y las víctimas de violencia de género». *Diario La Ley*. 2016, núm. 8884.

CERVELLÓ DONDERIS, V. (directora) *Cuestiones prácticas para la aplicación de la mediación penal*. Valencia: tirant lo blanch, 2016.

DANDURAND, Y. *Handbook on Restorative justice programmes*. New York: United Nations publication, 2006.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. A. *La mediación en procesos por violencia de género*. Navarra: editorial Aranzadi, 2015.

GALLARDO CAMPOS, R.A. e HIERRO BATALLA, A. *Mediación policial: la reflexión sobre la reflexión*. Castelló de la Plana: Publicacions de la Universitat Jaume I, 2016.

GARCIANDÍA GONZÁLEZ, P.M., SOLETO MUÑOZ, H. (directores) y OUBIÑA BARBOLLA, S. (coordinadora) *Sobre la mediación penal (Posibilidades y límites en un Entorno de Reforma del Proceso Penal Español)*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2012.

GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, G. «Víctima y mediación penal». *Anales de Derecho. Universidad de Murcia*. 2008, núm. 26, 445-456.

GONZÁLEZ CANO, M.I. *La mediación penal: hacia un modelo de ADR integrado en el sistema procesal penal*. Valencia: tirant lo blanch, 2015.

HEREDIA PUENTE, M. «Perspectivas de futuro en la mediación penal de adultos. Una visión del Ministerio Fiscal». *Diario La Ley*. 2009, núm. 7257.

LARRAURI PIJOAN, E. «Igualdad y violencia de género. Comentario a la STC 59/2008». *InDret. Revista para el análisis del derecho* [en línea]. 2009, núm. 1 [consulta: noviembre de 2019]. ISSN: 1698-739X. Disponible en: <http://www.indret.com/code/getPdf.php?id=1670&pdf=983.pdf>

LEAL MEDINA, J. «¿Tiene futuro la mediación penal de adultos? ¿Dónde estamos actualmente? ¿Es un método viable para solucionar los problemas de convivencia que genera la acción delictiva?». *Diario La Ley*, 2014. núm. 8397.

LÓPEZ-BARAJAS PEREA, I., «La reparación de la víctima en el proceso penal: la mediación penal». *Criminología y Justicia*. 2012, núm. 4, 15-20.

MARCO FRANCIA, M.P. «Algunas reflexiones criminológico-penales sobre los abusos y agresiones sexuales a menores». *Diario La Ley Penal*. 2017, núm. 127.

MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. Y SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M.P. *Justicia restaurativa, mediación penal y penitenciaria: un renovado impulso*. Madrid: Editorial Reus, 2011.

MIGUEL BARRIO, R. *Justicia restaurativa y justicia penal: nuevos modelos: mediación penal, “conferencing” y “sentencing circles”*. Barcelona: atelier libros jurídicos, 2019.

OLALDE ALTAREJOS, A. *40 ideas para la práctica de la justicia restaurativa en la jurisdicción penal*. Madrid: Dykinson, 2017.

PÉREZ MATA, J.A., «Y la víctima...¿Qué?: reflexiones sobre mediación penal en España». *Mediatio: mediación*, 2011, núm. 0, 63-68.

RÍOS MARTÍN, J.C. (dir. y coord.), PASCUAL RODRÍGUEZ, E., ETXEBARRIA ZARRABEITIA, X., SEGOVIA BERNABÉ, J.L., y LOZANO ESPINA, F. *La mediación penal, penitenciaria y encuentros restaurativos: experiencias de diálogo en el sistema penal para la reducción de la violencia y el sufrimiento humano*. Madrid: Universidad Pontificia de Comillas, 2016.

SOLER NOGUERA, I. E IGLESIAS ORTUÑO, E. «Evidencias respecto a la mediación penal en la norma europea». *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*. 2016, núm. 28, 283-320.

TORRAS COLL, J., GIMENO BEVÍA, J. Y FORTUNY CENDRA, M. «Instrumentos alternativos al proceso penal de la persona jurídica: desde las diligencias de investigación del Ministerio Fiscal y la mediación penal hacia los DPA norteamericanos». *Diario La Ley*. 2019, núm. 9443.

VAQUERO LÓPEZ, C. «Principio de oportunidad y mediación. Alternativa viable y necesaria». *Revista de mediación*. 2012, núm. 11, 8-13.

VELOSO IGLESIAS, C. Justicia restaurativa y mediación penal en menores. Director: Tomás Aliste Santos. UNIR, Departamento de Derecho Procesal, Vedra, 2018.

VIII. FUENTES

1. Normativas

Declaración sobre los principios fundamentales de la justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder adoptada en la Resolución 40/34 de 29 de noviembre de 1985 por la Asamblea General de las Naciones Unidas. Disponible en: <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/VictimsOfCrimeAndAbuseOfPower.aspx>

Informe del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas de 7 de enero de 2002 sobre la reforma del sistema de justicia penal: logro de la eficacia y equidad. E/CN.15/2002/5. Disponible en: <https://www.unodc.org/pdf/crime/commissions/11comm/5add1s.pdf>

Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo. DOUE, 14 de noviembre de 2012, núm. 315, pp. 57 a 73. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2012-82192>

Directiva 2004/80/CE del Consejo de 29 de abril de 2004, sobre indemnización a las víctimas de delitos. DOUE, 6 de agosto de 2004, núm. 261, pp. 15 a 18. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2004-82048>

Recomendación CM/Rec (2018)8 del Comité de Ministros a los Estados Miembros en materia de justicia restaurativa penal. Adoptada por el Comité de Ministros el 3 de octubre de 2018 en la 1326ª reunión de los Delegados de los Ministros. Disponible en: https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwj1yOC03ZrmAhVXDmMBHaNwBVEQFjABegQIBhAH&url=https%3A%2F%2Fwww.justizia.eus%2Fservlet%2FSatellite%3Fc%3DJNET_Documento_FA%26cid%3D1290181110942%26pagename%3DJustiziaNet%252FJNETEnlaceDocu&usg=AOvVaw3WY8M46sLbSALA9lhTRfLU

Recomendación Rec (2006) 2 del Comité de Ministros de los Estados Miembros sobre las Reglas Penitenciarias Europeas. Adoptada por la Comisión de Ministros de 11 de enero de 2006, durante la 952 Reunión de los Delegados de los Ministros. Disponible en: http://www.institucionpenitenciaria.es/web/export/sites/default/datos/descargables/legislacion/REG_PEN_EUR_ES.pdf

Recommendation No. R (99) 19 of the Committee of Ministers to member States concerning mediation in penal matters. Adopted by the Committee of Ministers on 15 September 1999 at the 679th meeting of the Ministers' Deputies. Disponible en: [https://www.barobirlik.org.tr/dosyalar/duyurular/hsykanunteklifi/rec\(99\)19%20\(1\).pdf](https://www.barobirlik.org.tr/dosyalar/duyurular/hsykanunteklifi/rec(99)19%20(1).pdf)

Recomendación (87) 21, Adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 17 de septiembre de 1987, sobre la asistencia a las víctimas y la prevención de la victimización. Disponible en: <http://www.dgt.es/Galerias/seguridad-vial/unidad-de-victimas-de-accidentes-de-trafico/aspectos-legales/legislacion/recomendacion-87.pdf>

Recommendation No. R (87) 18 of the Committee of Ministers to Member States concerning de simplification of criminal justice. Adopted by the Committee of Ministers on 17 September 1987 at the 410th meeting of the Ministers' Deputies. Disponible en: [https://www.barobirlik.org.tr/dosyalar/duyurular/hsykanunteklifi/recR\(87\)18e.pdf](https://www.barobirlik.org.tr/dosyalar/duyurular/hsykanunteklifi/recR(87)18e.pdf)

Decisión marco del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal. (2001/220/JAI). DOUE, 22 de marzo de 2001, núm. 82, pp. 1 a 4. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2001-80644>

Resolución Nº (77)27, de 28 de septiembre de 1977, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre indemnización a las víctimas del delito. Disponible en: <http://funvic.org/paginas/legislacion/legi10.htm>

Libro Verde sobre la indemnización a Víctimas de Delitos COM (2001)536 de 28 de septiembre de 2001.

Comunicación de la Comisión de 14 de julio de 1999, al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social COM (1999) 349 sobre los derechos de las víctimas de delitos. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM%3A133091>

Constitución Española. *Boletín Oficial del Estado*, 29 de diciembre de 1978, núm. 311, pp. 29313 a 29424. Disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1978-31229

Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. *Boletín Oficial del Estado*, 31 de marzo de 2015, núm. 77, pp. 27061 a 27176. Disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-3439

Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. *Boletín Oficial del Estado*, 29 de diciembre de 2004, núm. 313. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2004-21760>

Ley Orgánica 5/2000 de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. *Boletín Oficial del Estado*, 13 de enero de 2000, núm. 11. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-641>

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. *Boletín Oficial del Estado*, 24 de noviembre de 1995, núm. 281. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>

Ley Orgánica 2/1984, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. *Boletín Oficial del Estado*, 14 de marzo de 1986, núm. 63. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1986-6859>

Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria. *Boletín Oficial del Estado*, 5 de octubre de 1979, núm. 239. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1979-23708>

Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. *Boletín Oficial del Estado*, 30 de agosto de 2004, núm. 209. Disponible en: <https://boe.es/buscar/pdf/2004/BOE-A-2004-15601-consolidado.pdf>

Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal. *Boletín Oficial del Estado*, 17 de septiembre de 1882, núm. 260. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1882-6036>

Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito. *Boletín Oficial del Estado*, 28 de abril de 2015, núm. 101. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-4606>

Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. *Boletín Oficial del Estado*, 7 de julio de 2012, núm. 162, pp. 49224 a 49242. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2012-9112>

Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. *Boletín Oficial del Estado*, 13 de enero de 1982, núm. 11. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1982-837>

Propuesta de texto articulado de Ley de Enjuiciamiento Criminal, elaborada por la Comisión Institucional creada por Acuerdo de Consejo de Ministros de 2 de marzo de 2012. Disponible en: https://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292387342364?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DPropuesta_texto_articulado_L.E.Crim..PDF

Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011. Disponible en: <https://notin.es/wp-content/uploads/2013/01/anteproyecto-de-la-Ley-de-Enjuiciamiento-Criminal-de-27-de-julio-de-2011.pdf>

CGPJ. *Guía para la práctica de la mediación intrajudicial*. España: CGPJ, 2016. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/cgpi/es/Temas/Mediacion/Guia-para-la-practica-de-la-Mediacion-Intrajudicial/>

2. Jurisprudenciales

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 15 de septiembre de 2011, Gueye y Salmerón Sánchez, C-483/09. ECLI:EU:C:2011:583.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de octubre de 2009, Eredics y Sápi, C-205/09. ECLI:EU:C:2010:623.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia núm. 628/2012. ECLI:ES:APVA:2012:628.

Sentencia del Tribunal Supremo. Sala de lo Penal núm. 6207/2006. ECLI:ES:TS:2006:6207.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid núm. 149/2012. ECLI:ES:APVA:2012:628.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava de 23 de octubre de 2013, núm. 357/2013. ECLI:ES:APVI:2013:773.

Auto del Tribunal Supremo de 7 de septiembre de 2009. Sala de lo Penal núm. 12356/2009. ECLI:ES:TS:2009:12356A.