



Revista

ISSN 2007-4700

Temal

MÉXICO

Número 7 • Febrero 2015

Perspectivas inciertas para la mediación en el sistema penal español*

Nicolás Rodríguez García

Universidad de Salamanca

RESUMEN: *El proceso penal del siglo XXI tiene que ser un instrumento de política criminal que coadyuve a crear una nueva justicia penal que proporcione una reparación integral del delito, siendo la mediación uno de los bastiones fundamentales.*

PALABRAS CLAVE: *Mediación penal, principio de oportunidad, proceso penal, justicia restaurativa.*

ABSTRACT: *The criminal process of the 21st century must be an instrument of criminal policy that contributes to the creation of a new criminal justice that provides full compensation of the crime, with mediation being one of the principal bastions.*

KEY WORDS: *Criminal mediation, Opportunity principle, Criminal proceedings, Restorative justice.*

SUMARIO: *I. Introito. II. Base jurídica. III. Concepto y elementos esenciales. IV. Clases. V. Principios. VI. Ámbito de aplicación. VII. Sujetos intervinientes. VIII. Procedimiento. IX. Epílogo.*

I. INTROITO

El anudar el término *crisis* con la situación jurídica y fáctica que vive la Administración de Justicia desde hace treinta años viene lastrando el quehacer del legislador español —e internacional— en los ámbitos orgánico, sustantivo y procesal, lo que ha derivado en multitud de reformas no exentas de fundadas críticas por su incoherencia, su falta de justificación, sus de-

fectos técnicos o la ausencia de recursos humanos y técnicos para poderlas implementar. Por tanto, se trata de un condicionante fáctico y jurídico de la máxima relevancia, sobre todo cuando esa situación se hace más aguda e insostenible —como sucede en nuestros días—, momentos en los cuales se produce siempre el repunte de planteamientos en los que se aboga por incorporar alternativas complementarias al proceso judicial como el arbitraje, la mediación y la conci-

* Este trabajo se enmarca en la investigación desarrollada en el marco del Proyecto de Investigación DER2012-32638 del Ministerio de Educación dirigido por el Prof. Ignacio Berdugo Gómez de la Torre, catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Salamanca. El autor es director, en la Universidad de Salamanca, del “Grupo de Estudio sobre la Corrupción” y del “Doctorado en Estado de Derecho y Gobernanza Global” (nicolas@usal.es).

Perspectivas inciertas para la mediación en el sistema penal español

liación, unas tendencias desjudicializadoras¹ que en última instancia reflejan en muchos casos la incapacidad o la falta de voluntad respecto a la consecución de la efectividad de la tutela que procuran los órganos jurisdiccionales.²

Ya en la “Carta de Derechos de los Ciudadanos ante la Justicia” de 2000 se ponía de manifiesto como en el siglo XXI la sociedad española demanda una *Justicia más abierta que sea capaz de dar servicio a los ciudadanos con mayor agilidad, calidad y eficacia*, tratando con ello de paliar la situación descrita dos años antes en el *Libro Blanco de la Justicia*.³ Por tanto, sin ambages, se reconoce la relación directa existente entre el grado de insatisfacción ciudadana con el funcionamiento de los Juzgados y Tribunales en el ejercicio de la función jurisdiccional y las demandas prioritarias de resolución de los conflictos que les plantean en tiempos más breves, aunque sea a costa de ver flexibilizados —que no eliminados— algunos de los principios y garantías que tradicionalmente vienen informando el ejercicio de la función jurisdiccional por los tribunales ordinarios, muchos de ellos de rango constitucional.

Esta situación, predicable de todos los órdenes jurisdiccionales como ameritan los datos que anualmente se recogen en la Memoria que elabora el Consejo General del Poder Judicial, se evidencia con más virulencia en los ámbitos contencioso-administrativo y penal. Y es en este último donde la situación se torna más delicada en atención a los derechos e intereses que se trasladan a los órganos jurisdiccionales buscando una solución a las situaciones conflictuales que se le someten. Siendo así, no nos ha de extrañar cómo ya en 1987 el Comité de Ministros del Consejo de

Europa aprobó una Recomendación sobre *simplificación de la Justicia penal* en la que se listaban paquetes de medidas conocidas por todos y aplicadas en mayor o menor medida por diferentes ordenamientos jurídicos:

a) Aumento de la inversión pública en los órganos jurisdiccionales, proporcionándoles más medios personales y materiales. Una opción nunca seguida, sino todo lo contrario: no sólo no hay correspondencia entre la partida de los Presupuestos Generales del Estado dedicados a la Administración de Justicia y los incrementos de litigiosidad experimentados en los últimos años, sino que además los ciudadanos sufren en primera persona las limitaciones del acceso y disfrute de una eventual concesión del derecho a asistencia jurídica gratuita o la necesidad de tener que pagar determinadas tasas judiciales para ejercitar el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva.

b) Con el fin de reducir el número de asuntos que llegan a conocimiento de los órganos jurisdiccionales,⁴ medidas en el campo sustantivo, las cuales debieran pasar por generosos movimientos descriminalizadores y despenalizadores, visto además que el sistema penológico se muestra desafortunado en la difícil tarea de resocialización y rehabilitación del infractor.⁵ Así, tenemos ahora mismo en el Parlamento la propuesta legislativa de eliminar el reproche penal a las faltas dando entrada a una nueva categoría de *delitos leves*, cuyo enjuiciamiento el legislador remite al juicio de faltas. De nuevo, esta recomendación choca con el *populismo punitivo* que estamos viviendo y que se traduce en un incremento de delitos y de penas, en especial en relación con aquellas conductas que general mayor alarma social —corrupción, cri-

¹ Hace más de medio siglo P. Calamandrei, *Elogio de los jueces escrito por un abogado*, trad. E.J. Couture, Buenos Aires, p. 159, calificó a la conciliación como un “infanticidio procesal” que provoca la muerte prematura del proceso.

² Cfr. M.C. Calvo Sánchez, “El proceso y sus alternativas: el procedimiento arbitral”, VV.AA., *Arbitraje, mediación y conciliación*, Madrid, 1995, p. 220.

³ En la *Introducción* al mismo, el propio Consejo General del Poder Judicial reconoce sin ambages que según los datos de los que dispone, a partir de estudios promovidos por el consejo o por otras instituciones, muchos de ellos ampliamente divulgados y comentados por los medios de comunicación social, conducen a estimar que “se está desarrollando en la sociedad española una creciente y generalizada desconfianza en la Justicia y en la capacidad de Jueces y Tribunales para resolver adecuadamente los conflictos ante ellos planteados, y para garantizar, en suma, la correcta aplicación de la ley”. *Vid.*, además, J.J. Toharía Cortés, J.J. García de la Cruz Herrero, *La Justicia ante el espejo: 25 años de estudios de opinión del CGPJ*, Madrid, 2005.

⁴ C. Domínguez Domínguez, “La crisis actual del sistema de justicia penal: la necesaria modernización del sistema”, *Cuadernos Digitales de Formación*, 2013, núm. 5, p. 4, denuncia como hoy en día “el Derecho Penal ha pasado de ser complemento a fundamento del sistema preventivo-sancionador en demasiadas materias, alejándose así del carácter fragmentario y de última respuesta que tradicionalmente lo ha caracterizado”.

⁵ M.A. Cano Solé, “La mediación penal como método de resolución de conflictos. Posibilidades de aplicación a los delitos de violencia de género y doméstica”, *La Ley Penal*, núm. 109, 2014, p. 91. Por este motivo J.F. Mejías Gómez, *La mediación como forma de tutela judicial efectiva*, Madrid, 2009, p. 24, al definir la mediación penal, arguye que la misma es un “mecanismo de rehabilitación social del delincuente”.

men organizado, blanqueo de capitales, terrorismo, atentados contra el medio ambiente, etcétera—.⁶

c) Cambios sustanciales en el modelo procesal penal actual, existiendo el consenso generalizado de que ya es la hora definitiva de elaborar una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal que, acorde con el Código Penal y la legislación penitenciaria, lleve a la práctica una *política criminal de Estado* —y no de Gobierno— acorde con la realidad criminológica de la segunda década del siglo XXI. Así, de manera acorde a las experiencias en países europeos y latinoamericanos, en los dos textos de nuevo Código presentados en 2011 (Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal)⁷ y 2013 (Borrador de Código de Proceso Penal)⁸ parece que hay consenso en apostar por el cambio hacia un sistema acusatorio⁹ en el que el rol protagonista lo tenga el Ministerio Fiscal, en el que la fase principal del proceso penal sea el juicio oral, en el que existan procedimientos simplificados y alternativos al ordinario para hacer frente a la pequeña y mediana criminalidad, en el que se potencien los órganos judiciales unipersonales, en el que se generalice el uso del principio de

oportunidad y en el que la víctima tenga una adecuada protección.¹⁰

Tomando como referente fundamental esa preocupación por la víctima del delito, y al igual que se ha venido haciendo en otros órdenes jurisdiccionales con los denominados *métodos alternativos de resolución de los conflictos* (ADR),¹¹ cuya proliferación ha llevado incluso a plantear mutar la denominación disciplinar de “derecho procesal” por “derecho de los medios de tutela del ciudadano”,¹² en el campo penal se pretende abandonar las tradicionales fórmulas jurisdiccionales por ineficaces, injustas y poco garantistas: la pena es ineficaz como elemento disuasorio, el penado se ve estigmatizado y su condena está lejos de alcanzar efectos resocializadores, y la víctima neutralizada,¹³ sufre importantes problemas procesales —la llamada *victimización secundaria*— y pocos efectos reparadores.¹⁴ En esencia, que tenemos un sistema de Justicia penal lleno de carencias e incoherencias y que genera un enorme coste social para alcanzar unos limitados resultados,¹⁵ siendo éste el caldo de cultivo en el que cada día son más los partidarios de fomentar el que con base en la autonomía de la voluntad se puedan

⁶ Vid. M.L. Cuerda Arnau, “La expansión del Derecho penal versus la eficacia del modelo de justicia”, *Cuadernos Digitales de Formación*, 2013, núm. 5, pp. 2 y ss., quien estudia cómo la modernización y la expansión del Derecho Penal no son conceptos necesariamente equivalentes.

⁷ En adelante A_LECR.

⁸ En adelante B_CPP.

⁹ J. S. Martín Ostos, “Reflexiones sobre la justicia penal en España”, *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, 2012, núm. 2, p. 28, considera que se está produciendo una “desenfrenada carrera hacia el modelo acusatorio puro (en cuyo interior, cual caballo de Troya, pueden esconderse inconfesables objetivos, más próximos a un control estatal que al verdadero sentimiento liberal, aunque las apariencias parezcan mostrar otro panorama)”, de manera tal que para sus partidarios “el proceso inquisitivo (con el que, sin paliativos, identifican a cuanto se opone a sus pretensiones) representa el pasado, la decadencia, el oscurantismo, unido al autoritarismo más trasnochado, mientras que el acusatorio constituye el futuro, la libertad y el progreso (todo ello, sin cortapisas)”.

¹⁰ En desarrollo de esta idea, no sólo para cumplir los compromisos supranacionales e internacionales adquiridos en esta materia —en especial de la Unión Europea—, sino para salvar una vez más la más que probable no aprobación de un nuevo Código de Proceso Penal, el Ministerio de Justicia español ha registrado en el Parlamento el 1 de agosto de 2014 el “Proyecto de Ley del Estatuto de la Víctima del Delito”, en el que se incluyen disposiciones concretas en relación con la posible actuación de los servicios de justicia restaurativa, un plus de protección y tutela especializada para la víctima que va más allá de las referencias normativas a la existencia de un trámite de mediación en el ámbito penal. Sobre el mismo vid. J.L. Manzanares Samaniego, “Estatuto de la víctima. Comentario a su regulación procesal penal”, *Diario La Ley*, núm. 8351, 2014, pp. 1 y ss.

¹¹ Pese a las notables diferencias que puede presentar la justicia penal con los conflictos que se resuelven en otros órdenes jurisdiccionales, la doctrina concibe la mediación penal como una manifestación de las ADR, pese a su carácter *complementario* y no *alternativo*. Vid. V. Magro Servet, C. Hernández Ramos, J.P. Cuéllar Otón, *Mediación penal. Una visión práctica desde dentro hacia fuera*, Alicante, 2011, pp. 34 y ss.; L.F. Gordillo Santana, *La justicia restaurativa y la mediación penal*, Madrid, 2007, pp. 133 y ss.

¹² S. Barona Vilar, “De cómo la incorporación de las ADR convierte el derecho procesal en derecho de los medios de tutela de los ciudadanos”, J. Gómez Colomer, S. Barona Vilar, P. Calderón Cuadrado (coords.), *Juan Montero Aroca. El Derecho Procesal español del siglo XX a golpe de tango*, Liber Amicorum, en homenaje y para celebrar su LXX cumpleaños, Valencia, 2012, pp. 193 y ss.

¹³ Así vienen calificando su situación general en el sistema penal W. Hassermer, F. Muñoz Conde, *Introducción a la Criminología y al Derecho penal*, Valencia, 1989, p. 29.

¹⁴ Vid. E. Giménez-Salinas Colomer, “La conciliación víctima-delincuente: hacia un derecho penal reparador”, vv. AA., *La mediación penal*, Barcelona, 1999, pp. 69 y ss., quien enmarca la mediación penal y los objetivos que trata de satisfacer dentro del movimiento general de *redescubrimiento* de las víctimas y de diseño del papel que puede jugar en el sistema penal.

¹⁵ Seguramente porque como señala J. Nieva Fenoll, “La mediación: ¿una ‘alternativa’ razonable al proceso judicial?”, *La Ley. Práctica de Tribunales*, núms. 98-99, 2012, p. 48, al proceso jurisdiccional se le valora simplemente en términos económicos y temporales, y además porque se ve al proceso como una especie de *guerra* o de *batalla* al menos.

Perspectivas inciertas para la mediación en el sistema penal español

resolver —y prevenir— conflictos penales más allá de la actuación exclusiva de los Juzgados y Tribunales ordinarios. En definitiva, desde la normatividad se busca abrir una nueva *vía* para dar respuesta desde el Estado de Derecho a los ilícitos penales,¹⁶ devolviendo el protagonismo y la capacidad para resolver conflictos a la sociedad¹⁷ y en particular a los directamente afectados por el mismo, es decir, a la víctima¹⁸ y al presunto delincuente,¹⁹ lo cual, de manera indirecta, supondrá limitar las zonas de *discrecionalidad implícita*²⁰ en las que el actor dominante es el Ministerio Fiscal.

A nuestro juicio, el plantearse la virtualidad práctica que pueda tener en el ámbito penal la mediación requiere tener presente en todo momento:

a) Las funciones del Derecho Penal: por un lado, proteger los bienes jurídicos tutelados y reconocidos en el Código Penal, y además, de la forma en que en el mismo se recoge; y por otro, la motivación de los ciudadanos en la protección de esos bienes jurídicos, de manera tal que se haga frente a la indiferencia social frente a determinados ilícitos, lo que en última instancia no hace nada más que provocar alarma social y sentimientos de impunidad.

b) Las funciones de la pena: junto a la clásica retribución, que atiende al pasado de los hechos y que hunde sus raíces en la ética y la moral, hay que dar mucha más cancha a la prevención, signo de la modernidad y de la consolidación del Estado de Dere-

cho, que piensa en el futuro de la conducta de los sujetos con una clara finalidad utilitarista en sus dos dimensiones especial —dirigida al infractor— y general —frente a la sociedad—.

c) Las funciones del Derecho Procesal penal: además de la tradicional aplicación del *ius puniendi* del Estado, proteger el derecho a la libertad de los imputados, procurar su rehabilitación y tutelar los derechos e intereses de la víctima.

Todas estas funciones enumeradas no son excluyentes las unas de las otras dentro de una misma dimensión, sino que desde la Constitución el legislador en los últimos años está tratando de atemperar el rigor de los sistemas penales retributivos con las bonanzas de un modelo de justicia restaurativa o reparadora, en el que la mediación se erige como uno —no el único— de los principales baluartes²¹ por cuanto favorece el protagonismo de la víctima, la solución y pacificación material del conflicto, la reparación del daño, y todo ello a partir de una actuación dialogada de los intervinientes. Siendo así, no estamos ante un par alternativo o excluyente sino ante un *complemento*²² en pro de un sistema de Justicia penal, acorde con los principios del Estado de Derecho, que no altera la garantía jurisdiccional en la aplicación del Derecho Penal,²³ pero que sí necesita que muchos de sus derechos y garantías sean reformulados.²⁴

Plantearse si en el ámbito penal cabe o no hacer uso de la mediación como mecanismo complementario de

¹⁶ Cfr. A. Martínez Arrieta, “La mediación como tercera vía de respuesta a la infracción penal”, vv.AA., *Mediación penal y penitenciaria. 10 años de camino*, Madrid, 2010, pp. 57 y ss.

¹⁷ Cfr. J.C. Ríos Martín, “Justicia restaurativa y mediación penal. Una apuesta por el diálogo y la disminución de la violencia”, *Cuadernos Digitales de Formación*, 2008, núm. 3, pp. 53 y ss.

¹⁸ Vid. P. García Álvarez, *La víctima en el Derecho penal español*, Valencia, 2014, pp. 31 y ss., quien de manera sumaria expone los peligros del *retorno* a la víctima.

¹⁹ A. Carrizo González-Castell, “La mediación penal en España”, en F. Martín Diz (coord.), *La mediación en materia de familia y Derecho Penal. Estudios y análisis*, Santiago de Compostela, 2011, p. 233.

²⁰ Así calificados por V.M. Moreno Catena, “La resolución jurídica de conflictos”, en H. Soletto Muñoz (dir.), *Mediación y resolución de conflictos: Técnicas y ámbitos*, 2.ª ed., Madrid, 2013, p. 54.

²¹ Por ello nos parece muy acertada la última afirmación que sobre la mediación penal realiza en legislador en la Exposición de Motivos del B_CPP: “La mediación no es un fin, sino un instrumento para alcanzar ciertos fines en los que ocupan un primer lugar los intereses de la víctima”.

²² Con relación a esta concepción *vid.* por todos F. Martín Diz, *La mediación: sistema complementario de Administración de Justicia*, Madrid, 2010.

²³ Cfr. S. Barona Vilar, *Mediación penal: Fundamento, fines y régimen jurídico*, Valencia, 2011, pp. 237 y ss. Sin embargo, en sentido más crítico, *vid.* P. Galain Palermo, “Mediación penal como forma alternativa de resolución de conflictos: la construcción de un sistema penal sin jueces”, *Revista Penal*, núm. 24, 2009, pp. 71 y ss.; I. Álvarez Sacristán, “¿Por qué la mediación penal?”, *Diario La Ley*, núm. 7699, 2011, p. 14; N. Cabezudo Rodríguez, “El último (y controvertible) credo en materia de política criminal. Justicia restaurativa y mediación penal”, *La Ley Penal*, núm. 86, 2011, pp. 74 y ss.; J. Muerza Esparza, “La autonomía de la voluntad en el proceso penal: perspectivas de futuro”, *Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja*, núm. 9, 2011, pp. 196 y ss.

²⁴ Vid. G. Varona Martínez, “El derecho a la tutela judicial efectiva a través de procesos restaurativos: avanzado más allá de la mediación penal en la construcción de un derecho restaurativo interdisciplinar”, en J.F. Etxeberria Guridi (dir.), *Estudios sobre el significado e impacto de la mediación: ¿Una respuesta innovadora en los diferentes ámbitos jurídicos?*, Cizur Menor, 2012, pp. 353 y ss.

resolución de los conflictos penales es un tema actual y de la máxima relevancia científica, al cuestionar los principios e instituciones tradicionales del Derecho Penal y del Derecho Procesal penal. Y también nada pacífico en su análisis dogmático, quizá porque su planteamiento denota un cierto planteamiento ideológico.²⁵ Ahora bien, todo se torna más *fácil* cuando el legislador nacional toma partido en el debate y decide implementar en el ordenamiento jurídico-penal la mediación, desplazándose los argumentos hacia todos y cada uno de los puntos que debieran vertebrar su regulación positiva por ser controvertidos y requerir de una toma de posición por parte de los estudiosos: los principios reguladores, su coste, el ámbito material de aplicación, los sujetos intervinientes, el estatuto jurídico del mediador, los efectos de un eventual acuerdo para el proceso penal, etcétera.

En conclusión, que aunque en línea de principios el posicionamiento individual pueda ser crítico con relación a la mediación penal, como es nuestro caso, la tozudez de los preceptos legales obliga a tratar de explicar el ser y el deber ser de esta institución, aventurando si en su promoción y defensa en un país y en un concreto momento pesa más la esencia del modelo restaurativo o las *mutuas ventajas* que todos los operadores jurídicos —y la sociedad— pueden recibir de un uso generalizado, porque nunca se puede olvidar que con su realización efectiva se descarga al Estado y a los Tribunales del trabajo que supone el proceso penal.²⁶

II. BASE JURÍDICA

En la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 no encontramos ningún precepto en el que se haga alusión a la mediación como mecanismo complementario de resolución de los conflictos penales. Sin embargo, si encontramos menciones en otros dos cuerpos legales, una en positivo y otra en negativo:

a) En el art. 19 de la Ley Orgánica 5/2000 de Responsabilidad Penal de los Menores²⁷ se posibilita el sobreseimiento del expediente por conciliación o reparación entre el menor y la víctima, limitado a que el hecho imputado al menor constituya un delito menos grave o falta.²⁸

b) En los arts. 87.ter.5 de la Ley Orgánica 6/1985 del Poder Judicial, y 44.5 de la Ley Orgánica 1/2004 de Protección Integral contra la Violencia de Género, se veda la mediación en el orden penal cuando sean competentes los Juzgados de Violencia sobre la Mujer.²⁹

Como se puede constatar, en la actualidad la mediación penal en la justicia penal de adultos a no debiera tener virtualidad práctica. Y lo planteamos en términos condicionales por cuanto en los últimos diez años se puede constatar cómo a pesar de que Justicia es una materia de competencia exclusiva del Estado (art. 149.1.6.º Constitución) en algunas demarcaciones judiciales, con la colaboración del Consejo General del Poder Judicial, de la Fiscalía General del Esta-

²⁵ J.L. Manzanares Samaniego, “La mediación, la reparación y la conciliación en el derecho penal español”, *Diario La Ley*, núm. 7232, 2009, p. 1.

²⁶ Cfr. M. Heredia Puente, “Perspectivas de futuro de la mediación penal de adultos. Una visión desde el Ministerio Fiscal”, *Diario La Ley*, núm. 7257, 2009, p. 2.

²⁷ Y en el art. 51.3, el cual es objeto de desarrollo por el art. 15 del 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.

²⁸ Más ampliamente *vid.* L.A. Cucarella Galiana, “Justicia restaurativa y menores infractores de la ley penal”, en P.M. Garcíandía González, H. Soletto Muñoz (dirs.), *Sobre la mediación penal (Posibilidades y límites en un entorno de reforma del proceso penal español)*, Cizur Menor, 2012, pp. 547 y ss.; P. Francés Lecumberri, “El principio de oportunidad y la justicia restaurativa. Mediación, conciliación y reparación en la Ley Orgánica de responsabilidad penal del menor”, *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2012, núm. 4, pp. 3 y ss.; E. González Pillado, P. Grande Seara, “La mediación en la justicia penal de menores: posibilidades, presupuestos y efectos”, P.M. Garcíandía González, H. Soletto Muñoz (dirs.), *Sobre la mediación penal...*, *op. cit.*, pp. 571 y ss.; M.D. Fernández Fustes, “La mediación en el proceso penal de menores”, en Soletto Muñoz, H. (dir.), *Mediación y...*, *op. cit.*, pp. 575 y ss.; A. Rodríguez Álvarez, “La mediación en el proceso penal de menores: Una perspectiva procesal”, en R. Castillejo Manzanares (dir.), *La mediación: nuevas realidades, nuevos retos. Análisis en los ámbitos civil y mercantil, penal y de menores, violencia de género, hipotecario y sanitario*, Madrid, 2013, pp. 397 y ss.; A.M. Sanz Hermida, “La mediación penal: El sistema de justicia de menores y posibles propuestas de futuro”, en I.C. Iglesias Canle (coord.), *Mediación, Justicia y Unión Europea*, Valencia, 2014, pp. 187 y ss.

²⁹ Sobre esta controvertida prohibición, su alcance y límites, *vid.* M. del Pozo Pérez, “¿Es adecuada la prohibición de mediación del art. 44.5 de la Ley Orgánica 1/2004?”, en F. Martín Diz (coord.), *La mediación en materia de familia y Derecho penal. Estudios y análisis*, Santiago de Compostela, 2011, pp. 283 y ss.; V. Domingo de la Fuente, “Justicia Restaurativa y violencia doméstica: posibilidad, error o acierto...”, *Diario La Ley*, núm. 7701, 2011, pp. 1 y ss.; S. Oubiña Barbolla, “La distancia que les separa, la distancia que nos separa: Mediación en casos de violencia doméstica en España y en otros sistemas”, en P.M. Garcíandía González, H. Soletto Muñoz (dirs.), *Sobre la mediación penal...*, *op. cit.*, pp. 179 y ss.; E. Martínez García, “El proceso penal, mediación y violencia de género: ¿Hacia un nuevo modelo de Justicia penal?”, en J. F. Etxeberria Guridi (dir.), *Estudios sobre el significado...*, *op. cit.*, pp. 391 y ss.; M.A. Cano Solé, “La mediación penal...”, *op. cit.*, pp. 96 y ss.

Perspectivas inciertas para la mediación en el sistema penal español

do y de Colegios de Abogados, se vienen realizando prácticas de mediación penal *de facto*,³⁰ sin cobertura legal.³¹ Así acontece en Cataluña, País Vasco, Madrid, La Rioja, Comunidad Valenciana, Castilla y León, et cetera.³²

Dejando a un lado este dislate forense, cuya experiencia es calificada por el legislador como *alentadora y fructífera*,³³ un hecho cierto es que cuando el legislador procesal español se viene planteando regular la mediación penal ha tenido que hacerlo por dos cuestiones:

a) Por un lado, el cuerpo legal en el que regular —de manera autónoma, como en materias civil y mercantil— o incluir las previsiones necesarias sobre la mediación penal, habiendo optado por hacerlo en el texto procesal penal básico de referencia. Así lo ha hecho en los recientes Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011 (arts. 157-161) y, de forma más sucinta y *querida*,³⁴ el Borrador de Código Procesal Penal de 2013 (arts. 143-147).³⁵ Ello no obsta para que si algún día —parece que no cercano— llega a cuajar parlamentariamente un nuevo Código de Proceso Penal haya que realizar modificaciones oportunas, al menos, en el Código Penal, en la legislación penitenciaria y en la de menores, así como desarrollar reglamentariamente muchos de los aspectos básicos de la mediación penal (estatuto del mediador penal, ámbito de aplicación, salvaguardas a la confidencialidad, implicaciones de la gratuidad de la mediación, rol a desempeñar por el Ministerio

Fiscal y por los órganos judiciales, canalización de los efectos del acuerdo de mediación y alcance de los mismos), sin que a nuestro juicio baste con efectuar remisiones a la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.^{36, 37}

b) Por otro lado, el *modelo* de mediación penal a adoptar, acorde con los principios e instituciones procesales nacionales, por cuanto ni en las iniciativas internacionales que vienen propugnando su regulación ni en las experiencias de Derecho comparado encontramos un posicionamiento unánime respecto a los elementos basilares de esta forma de resolución de las controversias. Veamos por qué.

En la generación de una *cultura* internacional favorable a la mediación penal ha contribuido en primer término Naciones Unidas, que desde comienzos de los ochenta del siglo pasado aprobó diferentes Declaraciones y Resoluciones proclives al uso de mecanismos oficiosos de solución de las controversias en las que los delincuentes no sólo reconocieran su responsabilidad por los hechos cometidos ante las víctimas y la sociedad en general, sino que además se comprometieran a repararlas.

A nivel supranacional de nuevo el Consejo de Europa, por medio de numerosas Recomendaciones, ha liderado el diseño de una política criminal orientada, en general, a definir el rol de la víctima en los sistemas de justicia penal y a prever mecanismos para su asistencia y prevención de la victimización, y en particular a definir la mediación penal, así como su

³⁰ En relación con el papel que vienen desempeñando las Comunidades Autónomas en España en el desarrollo de la mediación en todos los ámbitos, incluido el penal, *vid.* J.C. Ortiz Pradillo, “La mediación como método de solución de conflictos en el Estado de las Autonomías”, en I.C. Iglesias Canle (coord.), *Mediación, Justicia...*, *op. cit.*, pp. 69 y ss.

³¹ Incluso, no puede argüirse como base jurídica supletoria la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, por la que España implementa la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008 sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, puesto que de manera expresa en su art. 2 excluyen de su ámbito de aplicación la mediación penal.

³² En la web del Consejo General del Poder Judicial se encuentran mapeados y actualizados todos los órganos judiciales que en España ofrecen mediación penal: http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Juzgados_que_ofrecen_mediacion/Juzgados_que_ofrecen_mediacion_Penal. *Vid.* C. Sáez Rodríguez, “Mediación penal. Conclusiones de las experiencias en España, 1998-2010”, *Cuadernos Digitales de Formación*, núm. 37, 2011, pp. 147 y ss., quien realiza un análisis cuantitativo y cualitativo del impacto de la mediación penal en España.

³³ Así se pronuncia en la Exposición de Motivos del B_CPP, a la vez que enmarca esas experiencias en un contexto de “anomia normativa”.

³⁴ De hecho, en la Exposición de Motivos del B_CPP el propio legislador defiende que presenta una legislación sobre mediación penal “escasa en preceptos —no es necesario más detalle— pero rica en lo que comporta de introducción de una nueva perspectiva en el Derecho procesal penal”.

³⁵ Puesto que somos conscientes y críticos con la regulación tan *básica* y llena de *lagunas* de la mediación penal que se presentan en ambos textos, utilizaremos los mismos a lo largo de los distintos epígrafes en un intento de aprovechar las bonanzas de ambos textos, y también sus deficiencias, para ir pergeñando un *modelo* de mediación penal.

³⁶ En adelante LCM.

³⁷ Eso es lo que precisamente hace el art. 144.1 B_CPP para determinar algunos de los principios informadores de la mediación —voluntariedad y libre disposición, igualdad de las partes e imparcialidad de los mediadores, neutralidad— y no otros —confidencialidad—, el régimen jurídico aplicable al mediador y a las instituciones de mediación, algunas cuestiones sobre el procedimiento de mediación y la ejecución de los acuerdos.

fundamento y principios generales. Así, constituye un hito fundamental la Recomendación No. R (99) 19 del Comité de Ministros de los Estados miembros relativa a la mediación en materia penal.

No les ha ido muy a la zaga la Unión Europea, que pese a que su ámbito de actuación está limitado a veintiocho países su producción normativa, si bien *de mínimos*, destaca por ser vinculante para los Estados, que en los plazos marcados están obligados a implementar sus disposiciones. En este orden de cosas destaca la Decisión Marco 2001/220/JAI, del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, en la que se determina que los Estados miembros tienen que procurar e impulsar la mediación en las causas penales para las infracciones penales que a su juicio se presten a este tipo de medidas, debiendo los Estados velar porque en las causas penales puedan tenerse en cuenta los acuerdos que hayan alcanzado las víctimas y los imputados en el procedimiento de mediación (art. 10). Estas obligaciones legislativas, por mor del art. 17, deberían ser cumplidas por los países miembros antes del 22 de marzo de 2006, cosa que hasta la fecha España no ha hecho. Más recientemente, en la 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 los delitos, y que deroga la citada Decisión Marco de 2001, se alude a la mediación entre víctima e infractor como una manifestación de justicia reparadora (art. 2.1.d), la cual se desarrollará a partir de unos servicios rodeados de medidas para proteger a la víctima contra la victimización secundaria o reiterada, la intimidación o las represalias (art. 12.1).³⁸

Tratando de hacer suyas estas recomendaciones, principios y obligaciones, según los casos, muchos países europeos —Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Eslovaquia, Eslovenia, Finlandia, Francia, Holanda, Italia, Luxemburgo, Noruega, Polonia, Portugal, Suiza— y latinoamericanos —Chile, Colombia, Ecuador, México, Uruguay— han modificado sus normativas penales y procesales penales introduciendo modalidades de conciliación o mediación en el ámbito penal, en las que no encontramos un patrón o denominador común.³⁹ Una variedad legislativa similar a la que podemos encontrar cuando estudiamos la implantación en el sistema penal de manifestaciones del principio de oportunidad, con el que la mediación penal guarda un vínculo especial,⁴⁰ como va a quedar reflejado en los siguientes apartados.

III. CONCEPTO Y ELEMENTOS ESENCIALES

Con la finalidad de fijar los elementos esenciales a cualquier modelo de mediación penal, creemos oportuno tomar el concepto recogido en el art. 2.1.d) de la Directiva de 2012, según la cual es “cualquier proceso que permita a la víctima y al infractor participar activamente, si dan su consentimiento libremente para ello, en la solución de los problemas resultantes de la infracción penal con ayuda de un tercero imparcial”.⁴¹

Como podemos comprobar, esta definición la integran distintos elementos:

a) Es un trámite, o un conjunto de actuaciones, o incluso un procedimiento, pero lo que de ninguna forma puede ser es catalogarlo como un *proceso*, término reservado en exclusiva para el ejercicio de la función jurisdiccional por parte de los jueces y magistrados integrantes del Poder Judicial.

³⁸ En relación con la misma, *vid.* M.D. Blázquez Peinado, “La Directiva 2012/29/UE. ¿Un paso adelante en materia de protección a las víctimas en la Unión Europea?”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 46, 2013, pp. 897 y ss.; A.M. Chocrón Giraldez, “La Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre, sobre los derechos, el apoyo y la protección a las víctimas de delitos”, *Revista Aranzadi Unión Europea*, núm. 12, 2013, pp. 37 y ss.

³⁹ *Vid.* L. F. Gordillo Santana, *La justicia restaurativa...*, *op. cit.*, pp. 261 y ss.; en S. Barona Vilar (coord.), *La mediación penal para adultos: Una realidad en los ordenamientos jurídicos*, Valencia, 2009.

⁴⁰ Si bien, como acertadamente se destaca en la Exposición de Motivos del B_CPP, “ni toda mediación ha de acabar en la aplicación del principio de oportunidad o una conformidad, ni éstas reclaman necesariamente una mediación previa”. Sobre esta relación, *vid.* L. del Río Fernández, “El reto de la mediación penal: el principio de oportunidad”, *Diario La Ley*, núm. 6520, 2006, pp. 1 y ss.; E. Borja Jiménez, “Conformidad y mediación penal. Conformidad con o sin mediación”, *Cuadernos Digitales de Formación*, núm. 5, 2008, pp. 1 y ss.; L. Durbán Sicilia, “Mediación, oportunidad y otras propuestas para optimizar la instrucción penal”, *La Ley Penal*, núm. 73, 2010, pp. 44 y ss.; T. Martínez Soto, “La mediación penal y la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. El principio de oportunidad como instrumento de simplificación procesal”; P. M. Garcíandía González, en H. Soletto Muñoz (dir.), *Sobre la mediación penal...*, *op. cit.*, pp. 359 y ss.; T. Armenta Deu, “Colaborando a superar la crisis (proceso penal)”, *Cuadernos Digitales de Formación*, 2013, núm. 5, pp. 1 y ss.

⁴¹ De manera similar el art. 143 B_CPP señala que “se entiende por mediación penal, a los efectos previstos en este Título —y en todo el Código y en todo el sistema de justicia penal español, añadimos nosotros—, al procedimiento de solución del conflicto entre el encausado y la víctima libre y voluntariamente asumido por ambos en el que un tercero interviene para facilitar que alcancen un acuerdo”.

Perspectivas inciertas para la mediación en el sistema penal español

b) Los esenciales protagonistas son la víctima —el ofendido y el perjudicado—⁴² y el infractor, puesto que no en vano estamos ante una solución autocompositiva de la disputa penal.

c) Se requiere de estos dos sujetos una participación activa, puesto que sin la voluntad e interés de ambos en zanjar el conflicto de una forma mutuamente satisfactoria, cuando menos al inicio del procedimiento de mediación, la misma carece de sentido.

d) La finalidad principal de la mediación es solucionar el conflicto, lo cual puede producirse previa negociación entre víctima e infractor, o también por la aceptación de uno de ellos por la postura expresada por el otro;⁴³ y lo que es igualmente importante, la solución no tiene que pasar siempre por una reparación económica, o al menos no siempre a cargo del infractor.⁴⁴

e) La intervención de un tercero ajeno a esos dos sujetos, y por ende imparcial, es necesaria, y sobre él pivota la responsabilidad de orientar, asistir, informar a los intervinientes, pero dejando que ellos por sí mismos pongan fin a la mediación, con o sin acuerdo, sin que en ningún caso ese mediador tenga que ser el que dé la solución al conflicto, ya que no estamos ante una solución heterocompositiva del mismo como sí sucede en el proceso judicial y en el arbitraje.

IV. CLASES

Para clasificar las principales modalidades de mediación penal con las que nos podemos encontrar dos criterios nos pueden servir de utilidad: el ámbito subjetivo de aplicación en atención a la edad del imputado, y el ámbito temporal en el que pueda realizarse la mediación.

Si atendemos en primer término a la edad del imputado, de forma paralela a la diferenciación del enjuiciamiento por Juzgados y Tribunales del orden penal nos encontramos con la mediación *de menores* —entre 14 y 18 años—, que en España como hemos ya refe-

renciado sí es objeto de regulación en la Ley Orgánica 5/2000 con base en los principios de intervención mínima y tutela del interés superior del menor; y la mediación *de adultos*, la cual más allá de las iniciativas aisladas comentadas está pendiente de ser regulada con carácter general para todo el país.

Centrándonos ahora en el momento en el que víctima e imputado pueden solucionar los problemas resultantes de la infracción penal tenemos: la mediación *preprocesal*, que tiene lugar antes del inicio del proceso penal, y cuyo eventual resultado positivo evita la realización del mismo, con el consiguiente beneficio jurídico y económico particular —de los implicados y del resto de operadores jurídicos— y general —de la sociedad en su conjunto—; la mediación *procesal*, a realizar pendiente la terminación del proceso penal, el cual puede tener lugar en la investigación, en el juicio oral y en los recursos; y la mediación *penitenciaria*, legalizada⁴⁵ y justificada para hacer frente con base en los mismos principios, garantías e incentivos tanto a la forma y contenido de cumplimiento de la condena como a los conflictos interpersonales que aparezcan durante el cumplimiento de una pena privativa de libertad y que han dado lugar a la incoación de un procedimiento disciplinario.

Como se puede observar, deliberadamente rehusamos la utilización del término *extrajudicial* por cuanto en todas las modalidades expuestas, incluidas las dos últimas, se realizan sin la intervención de un órgano judicial en la consecución —o no— del acuerdo, lo que no obsta para que en función del desarrollo del procedimiento ese acuerdo pueda tener efectos sobre el proceso y sobre las consecuencias jurídicas derivadas del ilícito penal, lo que requerirá la actuación —matizada como veremos— del órgano judicial competente.

Nosotros vamos centramos este análisis en la mediación penal de adultos y que además no se plantee en la fase de ejecución de la pena, esto es, excluyendo también la mediación penitenciaria.⁴⁶

⁴² Vid. J.L. Manzanares Samaniego, “Estatuto de la víctima..., *op. cit.*, pp. 4 y ss., quien acertadamente a nuestro juicio critica como en el “Anteproyecto de Ley Orgánica del Estatuto de la víctima del delito” —y en el Proyecto posterior que ha ingresado en las Cortes Generales— se utilice un concepto de víctima restrictivo que no alcanza al perjudicado por el delito.

⁴³ Vid. M. Aguilera Morales, “La mediación penal: ¿Quimera o realidad?”, *Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja*, núm. 9, 2011, p. 131, quien destaca cómo no se puede equiparar mediación con conciliación y reparación, pese a que entre ellos exista una relación medio-fin.

⁴⁴ Vid. R. Castillejo Manzanares, “El nuevo proceso penal. La mediación”, *Revista de Derecho y Proceso Penal*, núm. 23, 2010, p. 81, quien pone de manifiesto el peligro de que la mediación penal provoque una *justicia de clase*.

⁴⁵ Así la prevé el art. 158.5 A LECR, por resolución del órgano judicial competente —Juez de Vigilancia Penitenciaria o Juez Central de Vigilancia Penitenciaria—, previa audiencia del Ministerio Fiscal.

⁴⁶ Sobre la misma, *vid.* L. González, J. Ríos, C. Sáez, R. Sáez, “La mediación penal y penitenciaria. Un programa para su regulación”, en C. Sáez Rodríguez (coord.), *La mediación familiar. La mediación penal y penitenciaria. El estatuto del mediador. Un programa para*

V. PRINCIPIOS

Como no puede ser de otra forma, cuando el legislador plasme de manera definitiva en una norma la mediación penal tendrá que aplicar los principios propios a la mediación en cualquier materia, dándoles los matices y revistiéndolos de las cautelas acordes con la naturaleza penal del conflicto que se trata de solucionar con la misma. De manera sucinta, relacionamos los más importantes:

a) Voluntariedad: este principio general, predicable tanto de la víctima como del infractor,⁴⁷ tiene que estar presente:⁴⁸

- en el momento que tomen la decisión de someter el conflicto a mediación,⁴⁹ por lo cual, somos contrarios a que la misma sea impuesta por la Policía, la Fiscalía o un órgano judicial, como sucede en otros ordenamientos jurídicos, ni a que una negativa a someterse a la misma por cualquiera de ellos pueda tener consecuencias desfavorables en la defensa de sus derechos e intereses en el proceso judicial;

- en el desarrollo de la mediación, lo que supone que en cualquier momento el infractor o la víctima pueden dar por terminada su participación en la misma, enviándose el conocimiento del asunto a la autoridad judicial competente;

- en la terminación de la misma, ya sea sin acuerdo, opción no descartable pese a la voluntad inicial de ambos litigantes a dialogar y arreglar el conflicto, o con él, en cuyo caso el contenido tiene que ser querido por ambos tanto en las prestaciones como en el tiempo a ser realizadas.

Para que esta voluntariedad sea real y efectiva una de las primeras actuaciones a realizar es informar a los partícipes, con anterioridad a que consideren la posibilidad de someter el conflicto a mediación, de sus derechos con o sin la mediación, el procedimiento a seguirse y las consecuencias derivadas de su sometimiento al mismo.

b) Bilateralidad: principio inherente a la autocomposición como mecanismo de solución de los conflictos, que hace que a nuestro juicio salvo el mediador haya que excluir la participación de otros sujetos, incluidos los abogados, por mucho que se trate de argumentar que serían terceros que están para auxiliar a las partes en orden a alcanzar una solución pactada y pacífica del conflicto.

c) Carácter personalísimo: que significa que cada parte debe actuar de manera personal y con plena capacidad, por lo que se excluyen los casos en los casos de representación legal —de menores e incapaces—, necesaria —de personas jurídicas— o voluntaria.

d) Contradicción: se tiene que garantizar que en el trámite de mediación ambos sujetos partícipes vayan a ser escuchados, en presencia del mediador, puesto que no en vano lo que se busca es una solución dialogada del conflicto, lo que no obsta para que la actitud más colaborativa de uno de los sujetos —en especial el infractor— pueda allanar y aligerar el desarrollo de la actuaciones.

e) Igualdad: exigencia que debe regir dentro de la mediación como complemento necesario a la contradicción entre los dos partícipes,⁵⁰ teniendo al mediador como garante de que la misma es efectiva.

su regulación, Cizur Menor, 2008, pp. 311 y ss.; F. Lozano Espina, “Mediación penitenciaria”, VV.AA., *Mediación penal y penitenciaria. 10 años de camino*, Madrid, 2010, pp. 103 y ss.; J.L. Segovia Bernabé, “Experiencia de la mediación penitenciaria”; P.M. Garcandía González, en H. Soletto Muñoz (dir.), *Sobre la mediación penal...*, op. cit., pp. 289 y ss.; VV.AA., *La mediación penal y penitenciaria. Experiencias de diálogo en el sistema penal para la reducción de la violencia y el sufrimiento humano*, 3.ª ed., Madrid, 2012, pp. 169 y ss.

⁴⁷ Ambas van a ser reputadas como *partes*, término que no debe ser entendido en sentido procesal —no estamos ante un proceso, como hemos señalado—, sino, como indica S. Barona Vilar, *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España tras la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio*, Valencia, 2013, pp. 212-213, ante la existencia de diferencias entre al menos dos personas que acuden a la mediación para alcanzar un acuerdo.

⁴⁸ El art. 6.1 LCMCM, que coloca el carácter voluntario de la mediación como el primero de sus principios informadores, reconoce su vigencia *tan sólo* en dos momentos: en el mantenimiento de las partes en el procedimiento de mediación, y en el momento de conclusión de un acuerdo (art. 6.3 LCMCM). Este hecho es ensalzado por J.A. Torres Lana, “Principios rectores de la mediación”; F. López Simó, F.F. Garau Sobrino (coords.), *Mediación en materia civil y mercantil*, Valencia, 2014, pp. 125-126, por alejarse de la tendencia legislativa por la que en determinados supuestos el legislador establece con carácter obligatorio —o sugerido— el acudir a la mediación civil.

⁴⁹ G. Varona Martínez, “El derecho a la tutela judicial efectiva a través de procesos restaurativos: avanzado más allá de la mediación penal en la construcción de un derecho restaurativo interdisciplinar”, en J. F. Etxeberria Guridi (dir.), *Estudios sobre el significado...*, op. cit., pp. 362 y ss., habla de la posible existencia de un *derecho de acceso a la justicia restaurativa* que debe entenderse como social o prestacional.

⁵⁰ Por ello el art. 7 LCMCM dispone que en el desarrollo del procedimiento de mediación hay que garantizar que las partes intervengan con plena igualdad de oportunidades, manteniendo el equilibrio de sus posiciones y el respeto hacia los puntos de vista que vayan a mantener.

Perspectivas inciertas para la mediación en el sistema penal español

f) Imparcialidad y neutralidad: garantías exigibles de manera absoluta al mediador,⁵¹ tanto cuando acepta el encargo de actuar en un concreto asunto por no tener ningún interés objetivo o subjetivo, como cuando desarrolla su función, ya que está obligado a mantener una actuación neutral con relación a la defensa de sus intereses por las partes.⁵²

g) Inmediación: determina que las actuaciones se tienen que desarrollar con la presencia física de las partes ante el mediador, las cuales se comunicarán de manera oral.

h) Concentración: supone que el procedimiento de mediación tendrá la duración más breve posible, por lo que sus actuaciones se concentrarán en el mínimo número de sesiones.⁵³

i) Confidencialidad: configurada como presupuesto básico de la mediación⁵⁴ para evitar los recelos de acudir a la misma, en especial por parte del infractor, la cual tiene un doble alcance: una en el interior del trámite de mediación con relación al contenido del diálogo establecido entre la víctima y el infractor, en presencia del mediador, y otra exterior referido a que lo afirmado,

alegado, aportado, admitido o acreditado por las partes en la tramitación de la mediación no debe afectar de ninguna forma a las actuaciones judiciales posteriores que tengan que realizarse, tanto para resolver el conflicto cuando la mediación no haya terminado con acuerdo como cuando haya que dar efectos al acuerdo convenido por el infractor y la víctima. En este punto, mostramos nuestras reservas a que las propias partes puedan renunciar a esta confidencialidad,⁵⁵ ni tan siquiera de forma expresa, reiterada y controlada su voluntariedad, y menos a que una resolución judicial pueda terminar con la misma a los efectos de obtener información a aplicar en el proceso penal. Incluso más allá de las simples aseveraciones relativas a la vigencia de la confidencialidad se nos antoja complicado determinar legalmente la extensión de este deber —deslindar en cada actuación si la misma es consecuencia o no de lo actuado en la mediación—, los efectos de su incumplimiento en el proceso judicial⁵⁶ y las consecuencias jurídicas negativas para su responsable, y todo ello sin lesionar el derecho de defensa del infractor⁵⁷ y de la víctima, a quienes también alcanza la confidencialidad.⁵⁸

⁵¹ Previstas de manera expresa en los arts. 7 *in fine* (“sin que el mediador pueda actuar en perjuicio o interés de cualquiera de ellas” —las partes—) y 8 (“Las actuaciones de mediación se desarrollarán de forma que permitan a las partes en conflicto alcanzar por sí mismas un acuerdo de mediación”) LMCM, al igual que el art. 14 LMCM al que se remiten, el cual establece el régimen de responsabilidad de los mediadores: “La aceptación de la mediación obliga a los mediadores a cumplir fielmente el encargo, incurriendo, si no lo hicieren, en responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren. El perjudicado tendrá acción directa contra el mediador y, en su caso, la institución de mediación que corresponda con independencia de las acciones de reembolso que asistan a ésta contra los mediadores. La responsabilidad de la institución de mediación derivará de la designación del mediador o del incumplimiento de las obligaciones que le incumben”.

⁵² De forma expresa y tajante abordan esta cuestión los apartados 4 y 5 del art. 13 LMCM, que también deberá regir en la mediación penal según el B_CPP:

a) por un lado, se señala que el mediador no podrá iniciar o deberá abandonar la mediación cuando concurren circunstancias que afecten a su imparcialidad;

b) por otro, obliga a que el mediador, antes de iniciar o continuar con su tarea, deba revelar cualquier circunstancia que pueda afectar a su imparcialidad, o bien generar un conflicto de intereses. Estas circunstancias están referidas, al menos, a las siguientes situaciones personales y jurídicas: todo tipo de relación personal, contractual o empresarial con una de las partes; cualquier interés directo o indirecto en el resultado de la mediación; y que el mediador, o el miembro de su empresa u organización, hayan actuado anteriormente a favor de una o varias de las partes en cualquier circunstancia, con excepción de la mediación. En estos casos el mediador sólo podrá aceptar o continuar la mediación cuando asegure poder mediar con total imparcialidad, y siempre que las partes lo consientan y lo hagan constar expresamente. Además, el deber de revelar esta información permanece a lo largo de todo el procedimiento de mediación.

⁵³ Así previsto en el art. 20 LMCM, de aplicación también a los conflictos penales sometidos a mediación, según el B_CPP.

⁵⁴ Con esta dimensión es regulada en el art. 9 LMCM, si bien inexplicablemente su regulación, según el B_CPP, no es aplicable a la mediación a desarrollar en materia penal, y ello pese a que en el apartado 2.b) se establece la posibilidad de que en ese ámbito una resolución judicial motivada de un Juzgado o Tribunal puede acabar con la confidencialidad de la mediación civil y mercantil, y de su contenido, obligando a que los mediadores o las personas que participen en el procedimiento de mediación tengan que declarar o aportar documentación sobre la información y documentación derivada de un procedimiento de mediación o relacionada con el mismo.

⁵⁵ Lo cual sí está previsto en el caso de la mediación en conflictos civiles y mercantiles, según establece el art. 9.2.a) LMCM.

⁵⁶ En el campo civil y mercantil el art. 9.3 LMCM se limita a señalar que “la infracción del deber de confidencialidad generará responsabilidad en los términos previstos en el ordenamiento jurídico”.

⁵⁷ Como muy bien destaca P.M. Garcíandia González, “La regulación de la mediación penal en España: opciones legislativas y contenidos mínimos”, en J.L. Gómez Colomer, S. Barona Vilar, P. Calderón Cuadrado (coords.), *Juan Montero...*, op. cit., pp. 1024-1025, en este punto se suele olvidar que aunque suponga limitar el alcance que en el proceso penal tiene el derecho de defensa del imputado, el principio de confidencialidad debe impedir que se reconozca efectos probatorios a los argumentos procedentes del procedimiento de mediación que puedan servir de descargo de la responsabilidad penal del imputado.

⁵⁸ En esta cuestión nos parece más adecuado utilizar expresamente el término *confidencialidad*, exigible a todos los intervinientes en la mediación, que reconducirlo al deber de *secreto profesional*, predicable sólo del mediador. Así lo hace erradamente a nuestro juicio el

j) Antiformalismo: principio que hay que referir al lugar de realización de la mediación, a la forma de relacionarse la víctima y el infractor⁵⁹ —y ambos con el mediador—,⁶⁰ y también al mismo devenir de la mediación.⁶¹

k) Gratuidad para los dos intervinientes: un incentivo más para que acepten al menos participar en esta vía que si termina con acuerdo redundando en un ahorro de costes no sólo para ellos sino para la propia Administración de Justicia. Acorde con ello, y con el carácter público del Derecho Penal y del conflicto que se somete a mediación, que sea el propio Estado el que asuma todos los costes de la mediación, empezando por la infraestructura y por la remuneración del mediador.

VI. ÁMBITO DE APLICACIÓN

El determinar dentro de los ilícitos recogidos en el Código Penal qué delitos y/o faltas se pueden someter a mediación es uno de los puntos en los que más variaciones se producen en los regímenes jurídicos de otros países, pudiendo encontrar ejemplos en los que todos los conflictos penales son mediables a otros en los que aparece reducido a las conductas bagatelarias, dándose en ambos escenarios exclusiones legales en atención a determinados bienes jurídicos, a caracteres personales del infractor y de la víctima, a las relaciones previas entre esos dos mismos sujetos, a los antecedentes penales del infractor, a los efectos del delito, a las circunstancias en las cuales se han producido los hechos, etc. Con ello, partimos del hecho de que cada ordenamiento jurídico va a efectuar libremente una selección de conductas en atención a su concepción de la mediación penal y su inserción en el sistema de justicia penal, puesto que además ninguno de los acuerdos internacionales que en esta materia pudieran condicionarle en su actividad legislativa marca ni tan siquiera unos mínimos a respetar por cada Estado.⁶²

Abogamos porque sea la legislación reguladora de la mediación penal la que determine expresamente su ámbito de aplicación, siguiendo la manera de proceder que por ejemplo hace meses ha determinado la configuración legal en España de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Por lo tanto, razones de seguridad jurídica, de previsibilidad, de igualdad, aconsejan a nuestro juicio que la selección de las conductas redirigibles a la mediación no se deje a criterio del propio mediador, del Ministerio Fiscal o de un órgano judicial, lo que no obsta para que primero el mediador, y posteriormente el Fiscal y el Juez o Tribunal competente, tengan que realizar un control de legalidad de las infracciones delictivas y de las circunstancias objetivas y subjetivas concurrentes en cada caso.

Sin que lleguemos a esbozar una propuesta cerrada en este punto, aportamos varios datos cuya intelección en conjunto pueden ayudar en la tarea de fijar expresamente el ámbito de aplicación de la mediación penal:

- Debido a una mayor vigencia del principio positivo, es indudable que la mediación sí debe servir para tratar de resolver conflictos derivados de faltas o de delitos privados.

- En la normativa reguladora de la violencia de género, como hemos señalado, se excluye expresamente la mediación. E incluso, aunque no se estableciera así, nos encontraríamos con el obstáculo de que de manera obligatoria el art. 57.2 CP establece como pena accesoria la prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, impide al penado acercarse a ellos, en cualquier lugar donde se encuentren, así como acercarse a su domicilio, a sus lugares de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ellos, quedando en suspenso, respecto de los hijos, el régimen de visitas, comunicación y estancia que, en su caso, se hubiere reconocido en sentencia civil hasta el total cumplimiento de esta pena.

art. 144.4 B_CPP, que se centra únicamente en el sometimiento a secreto profesional del mediador, a consecuencia de lo cual no podrá declarar sobre los hechos de los que tenga conocimiento con ocasión de su intervención en el procedimiento.

⁵⁹ No estaría de más que el B_CPP hubiera previsto que a las partes sujetas a la mediación penal les rigen también los principios fijados en el art. 10.2.I LCMC: lealtad, buena fe y respeto mutuo. Con relación a los mismos, *vid.* F. López Simó, “Las partes en la mediación”, en F. López Simó, F.F. Garau Sobrino (coords.), *Mediación en materia civil...*, *op. cit.*, pp. 171 y ss.

⁶⁰ Y ello porque el art. 10.3 LCMC, con vigencia también en la mediación penal, fija la obligación para las partes de “prestar colaboración y apoyo permanente a la actuación del mediador, manteniendo la adecuada deferencia hacia su actividad”.

⁶¹ Según el art. 10.1 LCMC, aplicable a la que se vaya a desarrollar en el campo penal, la mediación se va a organizar “del modo que las partes tengan por conveniente”.

⁶² De hecho, en el art. 10.1 de la Decisión Marco de 2001 se disponía 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 medidas”.

Perspectivas inciertas para la mediación en el sistema penal español

- También para no dar cobertura jurídica a una teórica desigualdad entre las partes la mediación penal no debería ser posible en los delitos de atentado, resistencia, los cometidos por los funcionarios públicos y los que tengan como víctima a los trabajadores.

- Si la mediación penal requiere una actividad personalísima del infractor y de la víctima, no debiera tener cabida cuando cualquiera de ellos fuera menor o incapaz, ya que obligaría a que tuvieran que actuar por ellos sus representantes. O cuando sea una persona jurídica o un ente sin personalidad jurídica pero que sea responsable penal por sus actos,⁶³ quien para actuar en el proceso necesita de un representante necesario,⁶⁴ tanto sea infractor como cuando sea víctima —situación comúnmente olvidada—.

- De igual forma deberían estar excluidos los denominados “delitos sin víctima”, en los que no es posible individualizar a una víctima concreta y además, debido a su carácter pluriofensivo, su presencia en la mediación debería canalizarse a través de mecanismos de representación alterando el principio de la intervención individualizada y personal de la víctima.

- Por la misma razón deberían excluirse también los delitos —y las faltas— contra el interés público.

- Para evitar situaciones de abuso de derecho, tampoco debiera permitirse acudir a la mediación a infractores con antecedentes penales,⁶⁵ ya sea en la misma categoría de delitos o en otra diferente, y sobre todo cuando los hechos sean especialmente graves por el bien jurídico afectado o porque los mismos se hayan llevado a cabo con violencia o intimidación.

- Si la regulación de la mediación penal aparece anudada, directa o indirectamente, con la vigencia

del principio de oportunidad en el proceso penal, sus manifestaciones aparecen limitadas a aquellos hechos que tengan señalada una pena privativa de libertad inferior a cinco años. Y además, al igual que se hace con los reincidentes, no cabría permitirse la mediación con infractores que se hayan beneficiado anteriormente de la aplicación por razón del delito de uno de los supuestos de oportunidad.⁶⁶

- En la justicia de menores es factible la mediación cuando el hecho imputado al menor constituya un delito menos grave o una falta.

En conclusión, que las faltas y los delitos que puedan ser resueltos a través de la mediación son una parte más del modelo de mediación y de sus principios rectores por los que apueste el legislador, debiendo ser coherente con ambos, en especial cuando los ilícitos penales tienen naturaleza jurídica pública.

VII. SUJETOS INTERVINIENTES

Al haber hecho la relación de los principios inherentes a la mediación en el ámbito penal hemos dejado clara nuestra postura de que la misma se va a desarrollar de manera contradictoria entre dos partes, el infractor y la víctima, en presencia de un tercero imparcial, el mediador, figura clave en todo el sistema y sobre la cual el legislador tendrá que determinar:

a) Su individualización y composición, es decir, si va a ser un órgano colegiado —propriadamente el mediador, y además un equipo de apoyo con asistentes sociales, psicólogos, médicos— o un sujeto individual —aunque forme parte de una persona jurídica—, opción por la que nos decantamos⁶⁷ y que como con-

⁶³ Sin embargo, a favor de esta posibilidad se manifiestan J. A. Díaz López, “Propuestas para la práctica de la mediación penal. Delitos patrimoniales cometidos entre parientes y responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2011, núm. 3, pp. 29 y ss.; S. Barona Vilar, “La persona jurídica como responsable penal, parte pasiva en el proceso penal y parte en la mediación penal en España”, en M. Ontiveros Alonso (coord.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Valencia, 2013, pp. 104 y ss.

⁶⁴ Destacar que no sólo son dificultades de personación las que a nuestro juicio se oponen a que en la mediación penal pueda tener participación activa o pasiva una persona jurídica, sino también porque carecería de virtualidad práctica la reparación o compensación simbólica a la víctima que pudiera acordarse, quedando por tanto reducida a un uso utilitarista en la que sólo se esperara la obtención de una reducción de la pena, fin que por otro lado la persona jurídica puede obtener colaborando con la justicia por medio de la utilización del principio de oportunidad y la conformidad.

⁶⁵ Este punto tampoco es pacífico en la doctrina, como se puede constatar en M.I. González Cano, “La mediación en el proceso penal. Especial consideración de la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo de 2001 (2001/220/JAI)”, en J.F. Etxeberria Guridi (dir.), *Estudios sobre el significado...*, op. cit., pp. 323 y ss.

⁶⁶ Así se establece en el art. 149.2.c) A LECR.

⁶⁷ En este mismo sentido se ha expresado el legislador con relación a la mediación civil y mercantil en el art. 11.1 LCMCM, de aplicación extensiva al ámbito penal: por un lado, “pueden ser mediadores las personas naturales que se hallen en pleno ejercicio de sus derechos civiles, siempre que no se lo impida la legislación a la que puedan estar sometidos en el ejercicio de su profesión”; y por otro se deja la posibilidad abierta para que las personas jurídicas se puedan dedicar a la mediación —sean sociedades profesionales o cualquier otra prevista por el ordenamiento jurídico—, si bien en este caso “deberán designar para su ejercicio a una persona natural que reúna los requisitos previstos en esta Ley”.

secuencia deriva en unos mayores niveles de profesionalidad y formación en el mediador, en especial en materia jurídica.

b) Su número, que a nuestro juicio debe ser uno por procedimiento de mediación, no entendiendo que pueda haber supuestos en los cuales haya que admitir una pluralidad de mediadores, máxime si somos consecuentes con el ámbito de aplicación señalado en el punto anterior.⁶⁸

c) Su naturaleza jurídica pública —mejor que privada—, en atención al carácter indisponible de los derechos e intereses que hay en juego y cuya solución consensuada para ser eficaz necesita canalizarse a través de un proceso judicial. Así, lo lógico es pensar en la creación de un servicio oficial de mediación en la órbita del Ministerio de Justicia, obligado por ende a financiarlo.⁶⁹

d) Los niveles de vinculación que tenga con los operadores del sistema judicial, con quien necesita estar debidamente coordinado y conectado, termine la mediación con o sin acuerdo.

e) Su estatuto jurídico, siendo necesario concretar para un profesional de esta clase al que se le encomiendan funciones tan relevantes al menos:

- el tipo y nivel de formación que se le va a exigir, tanto jurídica como en otras disciplinas;⁷⁰

- las facultades de actuación (recabar toda la documentación sobre el asunto a mediar que considere necesaria y que esté en poder de la policía, de la fiscalía o de un órgano judicial; convocar a las partes a la mediación en el lugar, día y hora que determine —o no hacerlo, de manera motivada, si a la vista de la documentación considera que la misma no es apta para cumplir su fin, o que hay una posición de desequilibrio entre los intervinientes que es insalva-

ble—; facilitar la comunicación entre las partes y velar porque las mismas dispongan de la información y el asesoramiento suficientes;⁷¹ dirigir la mediación desarrollando una conducta activa tendente a lograr el acercamiento entre las partes;⁷² controlar el contenido del acuerdo y la forma en la que se ha llegado al mismo —pudiendo incluso rechazarlo—; etcétera).

- los derechos (como su remuneración con cargo al Ministerio de Justicia o las Administraciones públicas competentes; o el poder renunciar a llevar a cabo la mediación encomendada);⁷³

- las obligaciones (abstenerse cuando concurra una circunstancia objetiva o subjetiva que cuestione su imparcialidad; aceptar y cumplir con diligencia en el desempeño de la función mediadora asignada en cada caso; guardar y hacer guardar en todo el trámite la confidencialidad de las actuaciones);

- las prohibiciones;

- las incompatibilidades; y

- el régimen de responsabilidad derivado de sus actuaciones⁷⁴ (cuando injustificadamente no acepta el cargo, o cuando de la misma forma renuncia al mismo sin haber terminado la mediación, o si en el desarrollo de la mediación no garantiza de manera efectiva los principios expuestos con anterioridad, etcétera).

Hasta aquí, defendemos una mediación con una actuación individual y personalísima de tres sujetos: el infractor, la víctima y el mediador. Por ello, teniendo presente la simplificación, celeridad y efectividad que se busca con la mediación, la misma no debería ser posible cuando como infractor figurara más de una persona, ya quisieran todas someterse a la mediación —obligaría a replicar tantos trámites de mediación como personas, sin tener que hacerse ante el mismo mediador, con la eventualidad que unos ter-

⁶⁸ Por tanto, no nos parece correcto aplicar en el ámbito penal, como hace el B_CPP, el art. 18 LCMCM, que permite que la mediación pueda ser llevada a cabo por un mediador, o por varios en atención a la complejidad de la materia o por la conveniencia de las partes, situación en la cual todos los que intervengan deberán actuar de forma coordinada.

⁶⁹ En este sentido el art. 12 LCMCM responsabiliza al Ministerio de Justicia y a las Administraciones públicas competentes, en colaboración con las instituciones de mediación, el fomentar y exigir la adecuada formación inicial y continua de los mediadores, la elaboración de códigos de conducta voluntarios, así como la adhesión de aquéllos y de las instituciones de mediación a tales códigos.

⁷⁰ El art. 11.2 LCMCM señala que el mediador tiene que estar en posesión de título oficial universitario o de formación profesional superior, no necesariamente de perfil y contenido jurídico, y contar con una formación específica para ejercer la mediación la cual se adquirirá mediante la realización de uno o varios cursos específicos impartidos por instituciones debidamente acreditadas, que tendrán validez para el ejercicio de la actividad mediadora en cualquier parte del territorio nacional. Más ampliamente *vid.* S. Cavanillas Múgica, “El mediador y las instituciones de mediación”, en F. López Simó, F.F. Garau Sobrino (coords.), *Mediación en materia civil...*, *op. cit.*, pp. 219 y ss.

⁷¹ Así recogido en el art. 13.1 LCMCM

⁷² Previsto de esta forma en el art. 13.2 LCMCM.

⁷³ En estas situaciones, según el art. 13.3 LCMCM, obliga a que el mediador entregue un acta a las partes en la que conste su renuncia, si bien no establece, como sería deseable a nuestro juicio, que la misma sea motivada.

⁷⁴ Ya señalado el contenido del art. 14 LCMCM, el art. 11.3 LCMCM establece para el mediador la obligación de suscribir un seguro o garantía equivalente que cubra la responsabilidad civil derivada de su actuación en los conflictos en que intervenga.

Perspectivas inciertas para la mediación en el sistema penal español

minaran con acuerdo y otros no, o con acuerdos de contenido distinto— o no, supuesto en el cual, y ello si hay acuerdo como si no se llega al mismo, podría comprometer el derecho de defensa y la presunción de inocencia de los demás imputados.

En este punto volvemos a posicionarnos en contra de la posibilidad de que el infractor y la víctima no sólo que *deban* sino que *puedan* hacerse asistir y defender en los trámites de mediación por un abogado. Y lo hacemos por razones de simplificación, economía procesal y coherencia con el espíritu y finalidad de la mediación, en la cual, si verdaderamente se quiere provocar la terminación con acuerdo, se tiene que generar un diálogo sin formalismos, tecnicismos y estrategias jurídicas que anticipen el contenido de los posicionamientos a esgrimir en sede judicial. En caso contrario, habría que despejar cuestiones relevantes tales como quién puede ser ese abogado —de confianza de cada parte o de oficio—, y si obligatoriamente tiene que ser el mismo que defiende a la parte en el proceso judicial; el carácter obligatorio o voluntario de su intervención, supuesto último en el cual la lógica determina que ante la ausencia de designación por parte de una de las partes —en especial el infractor— el mediador debiera recabar del Colegio de Abogados el nombramiento de un abogado del turno de oficio;⁷⁵ quien tiene que remunerar a ese abogado, puesto que el pago de sus honorarios es contrario al carácter gratuito de la mediación, e incluso si en caso de terminar la mediación sin acuerdo si cabe aplicar la regulación de las costas judiciales del proceso judicial posterior; si el litigante del derecho a la asistencia jurídica gratuita puede ser extendido el alcance de las prestaciones a este asesoramiento legal en la mediación; si ese o esos abogados están alcanzados por el deber de secreto profesional y guardar la confidencialidad de las actuaciones en las que hayan tomado parte; si para que el acuerdo derivado de la mediación es necesario que los abogados de la víctima y el infractor suscriban el mismo, etc. Más allá de todo ello, el obligar —o permitir— contar con un abogado afecta al nivel de cualificación profesional de quien vaya a actuar como mediador, puesto que lo que siempre será necesario es que *alguien* tenga conocimientos jurídicos para tratar de garantizar no sólo el desarrollo de los trámites de mediación conforme a

parámetros legales sino que el acuerdo que suscriban los intervinientes pueda producir efectos en el posterior proceso judicial. Por último, si interviene, sobre él también se extenderá el deber de confidencialidad que afecta al infractor, a la víctima y al mediador.

VIII. PROCEDIMIENTO

De nuevo el legislador, bien en la regulación principal de la mediación penal, bien en el desarrollo reglamentario de la misma, tendrá que marcar los puntos básicos con base en los cuales se tienen que desarrollar los trámites de la mediación y que se refieren a:

1) Lugar: en la sede donde desempeñe sus funciones el mediador, no debiendo ser una dependencia perteneciente a los órganos jurisdiccionales si se quiere aislar el procedimiento de mediación del entorno judicial.

2) Tiempo: aspecto esencial a determinar en su máximo, de forma explícita o implícita —como expresiones como *plazo razonable*, *tiempo necesario* y similares, a concretar por el mediador—, así como las razones de una o más eventuales prórrogas y la necesidad o no de que para su adopción tengan que estar de acuerdo los dos intervinientes, puesto que no podemos perder de vista el hecho de que mientras se desarrolla la mediación el proceso judicial principal se va a paralizar, debiendo vigilar el mediador por frenar actitudes dilatorias por parte del infractor o de la víctima que a la postre pudiera incidir en el derecho a no sufrir dilaciones indebidas, o diera cabida a una prescripción.

3) Forma: flexible, a determinar en cada caso por el propio mediador y en cualquier caso distinta a las exigencias con las que se tiene que desarrollar la actuación jurisdiccional y que al menor para la víctima en muchas ocasiones se convierte en un factor de victimización secundaria. Y además, actividad desarrollada de forma oral, siendo la esencia de la misma la comunicación directa y dialogada entre la víctima y el infractor.

4) Contenido: teniendo como fin primordial que el trámite de mediación termine con un acuerdo, la regulación *vertical* que se haga del procedimiento a seguir por el mediador y los dos participantes tiene que ser muy de mínimos, y será éste quien conforme vaya

⁷⁵ Incluso otra opción sería, en caso de que la mediación se llevara a cabo por un *equipo* o una *institución* de mediación, que la misma tuviera adscritos letrados para actuar de manera neutral en el asesoramiento jurídico del infractor y la víctima, y también del mediador.

acumulando experiencia en su trabajo vaya acuñando pautas de actuación en cuanto a horarios y duración de cada sesión, manera de relacionarse con y entre los intervinientes, forma y contenido del acta, comunicación con las autoridades judiciales de la terminación de la mediación, etc. Más allá de ello, consideramos que al menos se deberán dar las siguientes cuatro fases:

a) Inicio de la mediación con una sesión constitutiva,⁷⁶ que consideramos que siempre tiene que producirse a iniciativa de ambas partes, quienes libre y voluntariamente deciden hacer uso de este mecanismo complementario de resolver su conflicto; o de una de ellas —normalmente la víctima— con la aquiescencia posterior de la otra.⁷⁷ Esta postura permite ser mantenida en cualquiera de las modalidades de mediación comentadas, y además evita las dudas acerca de qué valor dar a la negativa de uno o ambos intervinientes a participar en la mediación cuando la misma se activa a propuesta del Ministerio Fiscal o del órgano judicial competente en la fase del proceso judicial en la que la planteen. Cuando mucho, cabría dejar como posibilidad la opción de que o bien el Fiscal o bien el juez o tribunal encargado del proceso judicial sean

quienes canalicen la voluntad originaria de la víctima y el infractor, supeditando la remisión del asunto a mediación solamente⁷⁸ a que la misma cumpla con todos los presupuestos previstos legalmente relacionados con los hechos y con los sujetos.

b) Información a los participantes de sus derechos, deberes, la naturaleza del procedimiento, la forma de desarrollarse las sesiones y los efectos de la conclusión de la mediación con o sin acuerdo.⁷⁹

c) Desarrollo de la mediación, en tantas sesiones como sea necesario mientras se sigan manteniendo opciones de que la misma puede terminar con un acuerdo, y siempre dentro del plazo temporal fijado legalmente o acordado por las partes con el mediador.⁸⁰ El inicio de la mediación también tiene efectos directos sobre los actos procesales que componen el proceso penal, puesto que quedarán suspendidos hasta la conclusión de la mediación, si bien cuando la misma se produzca en la en la fase de investigación no eximirá de la práctica de las diligencias indispensables para la comprobación del delito.⁸¹

d) Terminación de la mediación,⁸² siendo reflejada en un acta las dos opciones con sus implicaciones:

⁷⁶ Así es denominada por el art. 19 LCMCM, en la que las partes expresarán su deseo de desarrollar la mediación y dejarán constancia de los siguientes aspectos: *a)* la identificación de las partes; *b)* la designación del mediador y, en su caso, de la institución de mediación o la aceptación del designado por una de las partes; *c)* el objeto del conflicto que se somete al procedimiento de mediación; *d)* el programa de actuaciones y duración máxima prevista para el desarrollo del procedimiento, sin perjuicio de su posible modificación; *e)* la información del coste de la mediación o las bases para su determinación, con indicación separada de los honorarios del mediador y de otros posibles gastos; *f)* la declaración de aceptación voluntaria por las partes de la mediación y de que asumen las obligaciones de ella derivadas; *g)* el lugar de celebración y la lengua del procedimiento. De esta sesión constitutiva habrá que levantar un acta en la que consten estos aspectos, la cual será firmada tanto por las partes como por el mediador —o mediadores—. En otro caso, dicha acta declarará que la mediación se ha intentado sin efecto.

⁷⁷ Se plantearán problemas cuando la mediación tenga lugar en el juicio oral y en el proceso estén personadas como partes acusadoras acusaciones particulares y/o populares, a quienes no se les va a dar participación en los trámites de mediación y a quienes no se les debería dar opción para oponerse a la remisión del conflicto a la mediación, por lo que no compartimos el tenor del art. 160.I A_LECR que condiciona el sometimiento del proceso a mediación cuando “todas las partes” lo soliciten.

⁷⁸ Con ello estamos defendiendo la idea de que el acudir a la mediación como mecanismo complementario para resolver conflictos penales es un *derecho* del infractor y de la víctima, que no puede ser tamizado o negado ni por la policía, ni por el Ministerio Fiscal ni por el órgano judicial competente cuando concurran los presupuestos previstos legalmente. Siendo así, el legislador tiene que dejar claro qué valor hay que darle a ese acuerdo inter partes cuando se alcanza de manera espontánea entre ellas y cómo canalizarlo jurisdiccionalmente para que tenga efectos judiciales y jurídicos.

⁷⁹ Este deber de información, sin especificar a quien incumbe, estaba previsto en el art. 157.3 A_LECR.

⁸⁰ Algunos otros aspectos puntuales de este desarrollo de las actuaciones de mediación están previstos en el art. 21 LCMCM, extensible en su aplicación al ámbito penal por mor del B_CPP.

a) El mediador convocará a las partes para cada sesión con la antelación necesaria, dirigirá las sesiones y facilitará la exposición de sus posiciones y su comunicación de modo igual y equilibrado.

b) Las comunicaciones entre el mediador y las personas en conflicto podrán ser o no simultáneas.

c) El mediador comunicará a todas las partes la celebración de las reuniones que tengan lugar por separado con alguna de ellas, sin perjuicio de la confidencialidad sobre lo tratado. El mediador no podrá ni comunicar ni distribuir la información o documentación que la parte le hubiera aportado, salvo autorización expresa de esta.

⁸¹ Así se establece en el art. 158.I.II A_LECR.

⁸² Con independencia del resultado final de la mediación, con la terminación del procedimiento se devolverán a cada parte los documentos que hubiere aportado. Con los documentos que no hubieren de devolverse a las partes, se formará un expediente que deberá conservar y custodiar el mediador o, en su caso, la institución de mediación, una vez terminado el procedimiento, por un plazo de cuatro meses (art. 22.I.II LCMCM de aplicación en la mediación penal según el B_CPP).

Perspectivas inciertas para la mediación en el sistema penal español

- sin acuerdo,⁸³ y las circunstancias que lo han motivado, supuesto en el cual se retoman —o inician, en el caso de la mediación preprocesal— las actuaciones en sede judicial como si la mediación no se hubiera producido; o

- con acuerdo, situación en la cual además de tenerse que documentar el mismo⁸⁴ de manera clara y comprensible,⁸⁵ y con la participación material —en su elaboración— y formal —con su firma—⁸⁶ del infractor, la víctima y el mediador, todos los cuales recibirán una copia del mismo y serán informados de su carácter vinculante⁸⁷ y de las causas que se podrían oponer para negarse a cumplir su contenido,⁸⁸ hay que determinar los efectos jurídicos que se despliegan para la resolución final del conflicto a consecuencia del mismo, y con intervención de qué sujetos y haciendo uso de qué facultades.

La concreción de estos efectos sobre el proceso y/o sobre las consecuencias jurídicas derivadas de la asunción de responsabilidad por el infractor, resultantes de una mediación que haya terminado de forma

exitosa, va a depender del momento procedimental en el que se haya realizado la mediación.

Cuando la mediación se produce antes de iniciarse el proceso penal implícitamente el alcanzarse un acuerdo, y cumplirse en el tiempo y la forma pactada, va a suponer la renuncia a que el mismo comience, lo que nos conduce a limitar estos supuestos a cuando los hechos ilícitos estén catalogados como faltas o delitos privados o semiprivados en los cuales el principio dispositivo permite a la víctima del delito renunciar a su persecución por el hecho de no formular querrela o denuncia —en el caso de los delitos semipúblicos, al ser una condición de procedibilidad—; y en caso de que la hubieran presentado en los delitos privados podrán abandonarla con posterioridad produciéndose los mismos efectos, al ser una causa de extinción de la responsabilidad criminal.⁸⁹

En caso de que el proceso se esté desarrollando, aunque sea de manera incipiente en la fase de investigación, por mor del principio de legalidad procesal⁹⁰ ni la Fiscalía ni los órganos judiciales tendrán margen

⁸³ A consecuencia de una variedad de situaciones, como las que pone de relieve el art. 22.1 LCMCM que alguna de las partes haya abandonado la mediación; o por transcurso del tiempo máximo fijado para el desarrollo del procedimiento, sin que sea razonable la prórroga del mismo; o cuando el mediador aprecie de una manera justificada que las posiciones de las partes son irreconciliables o concurra otra causa que determine su conclusión. Incluso también, según el art. 22.2 LCMCM, cuando no haya sido posible nombrar un nuevo mediador en los casos en los que el previamente designado haya renunciado a continuar el procedimiento o cuando las partes hayan rechazado al mismo.

⁸⁴ Según el art. 23 LCMCM, el acuerdo de mediación puede versar sobre una parte o sobre la totalidad de las materias sometidas a la mediación, y en el mismo hay que hacerse constar la identidad y el domicilio de las partes, el lugar y fecha en que se suscribe, las obligaciones que cada parte asume y que se ha seguido un procedimiento de mediación ajustado a las previsiones de esta Ley, con indicación del mediador o mediadores que han intervenido y, en su caso, de la institución de mediación en la cual se ha desarrollado el procedimiento. El acuerdo de mediación deberá firmarse por las partes o sus representantes, quienes recibirán una copia del mismo, reservándose otra el mediador para su conservación.

⁸⁵ Así es exigido por el art. 22.3 LCMCM.

⁸⁶ Sorprende en este punto como el art. 22.3.II PMCM no supedita la producción de efectos jurídicos de la mediación a que el acta sea firmada por todos los intervinientes, ya que abre la opción para que alguna de las partes no quiera firmar el acta —o recibir una copia de la misma, no cual es menos relevante—, circunstancia —y su motivación, si es expresada— que deberá quedar reflejada en la misma.

⁸⁷ Además, según el art. 23.3.II LCMCM, el mediador tiene también que informar a las partes de que pueden instar la elevación del acuerdo a escritura pública al objeto de configurarlo como un título ejecutivo. Cuando opten por ello, el art. 25 LCMCM señala que el acuerdo de mediación se presentará por las partes ante un notario acompañado de copia de las actas de la sesión constitutiva y final del procedimiento, sin que sea necesaria la presencia del mediador. Para llevar a cabo la elevación a escritura pública del acuerdo de mediación, el notario verificará el cumplimiento de los requisitos exigidos en esta Ley y que su contenido no es contrario a Derecho. Además, cuando el acuerdo de mediación haya de ejecutarse en otro Estado, además de la elevación a escritura pública, será necesario el cumplimiento de los requisitos que, en su caso, puedan exigir los convenios internacionales en que España sea parte y las normas de la Unión Europea. Y si el acuerdo se hubiere alcanzado en una mediación desarrollada después de iniciar un proceso judicial, las partes podrán solicitar del tribunal su homologación. En este punto, coincidimos con Magro Servet, V., “La nueva regulación de la mediación penal en el nuevo Código Procesal Penal”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2013, núm. 5, p. 215, en la poca virtualidad práctica que en el campo penal tiene esta genérica previsión, por cuando la mediación habitualmente incluirá un pacto indemnizatorio que se ejecutará voluntariamente por el infractor y cuando así no sea a través del proceso de ejecución penal ante el órganos judicial competente.

⁸⁸ Reducidas, como indica el art. 23.4 LCMCM, a las causas que invalidan los contratos, aducibles ejercitando una acción de nulidad frente al acuerdo.

⁸⁹ En este caso, como se refleja en el contenido del art. 701 A_LECR, todo el protagonismo lo tiene el órgano judicial, encargado de suspender el procedimiento y someter el conflicto al sistema de mediación, de reanudar el procedimiento si transcurre el plazo otorgado para el desarrollo de la mediación y las partes no alcanzan un acuerdo —o por el mismo motivo deciden abandonarlo—, y de archivar el procedimiento sin más trámites cuando la mediación termine con acuerdo o avenencia.

⁹⁰ Entendemos que éste debe de ser el fundamento de la limitación contenida en el art. 146 B_CPP, en el que más allá de la incorrección de señalar que la “ventaja” no puede derivarse del hecho de “someterse” a un procedimiento de mediación y no de alcanzarse en él un acuerdo, que deriva cualquier efecto procesal o material a que el mismo esté previsto en la Ley; esto es, que en la mediación *intraprocesal* por un delito

para *ofrecer*⁹¹ beneficios al infractor por el hecho de resolver el conflicto en un procedimiento de mediación al margen de la normativa penal, procesal y penitenciaria. Siendo así, pareciera que al menos en la fase de investigación y en el juicio oral el acuerdo de mediación debería ser judicializado a través o de la atenuante de reparación del art. 21.5.^a CP,⁹² o de la atenuante genérica del art. 21.7.^a CP,⁹³ o de la institución de la conformidad en cualquiera de sus versiones,⁹⁴ provocando, por una parte, una terminación abreviada del procedimiento, con un auto de sobreseimiento o con una sentencia de conformidad, y por otra, la concesión de un *premio* al infractor por su colaboración pero siempre dentro de los márgenes legales,⁹⁵ condicionando su aprobación a que la víctima sea debidamente reparada.⁹⁶

Procediéndose así, el informe del mediador sobre el resultado positivo alcanzado en la mediación y el acta de reparación con los acuerdos a que hubieran llegado el infractor y la víctima condicionarán⁹⁷ la actuación de los principales actores institucionales del proceso penal: del Ministerio Fiscal a la hora de elaborar su escrito de acusación, unilateral o redactado

de manera conjunta con la defensa, o en su caso las calificaciones definitivas; del Juez o Tribunal competente para el enjuiciamiento, cuando tenga que dictar sentencia; y del órgano judicial de vigilancia penitenciaria en la ejecución de la condena cuando se haya acordado algún beneficio penitenciario, la sustitución de la pena o la suspensión de la ejecución.

IX. EPÍLOGO

En la actualidad el sistema penal español está ayuno de una regulación jurídica *en positivo* de la mediación, lo que no ha impedido que determinadas Comunidades Autónomas, y algunos partidos judiciales en otras Autonomías, vengan haciendo uso de la *filosofía mediadora* para resolver algunos conflictos penales. Una situación fáctica que a pesar de las bondades con las que se nos trata de *vender* a nuestro juicio es de todo punto errática, desequilibrada, desigual, desproporcionada, ambigua. Por ello, nos felicitamos por la existencia de las sucesivas propuestas legislativas que abogan por su incorporación sin ambages, pero desde la legalidad; en caso de producirse, deberá llevarse a

público —o semipúblico— los efectos beneficiosos para el infractor generados a partir del acuerdo de mediación tienen que estar previstos en el Código Penal —márgenes punitivos, atenuantes y sustitución de la pena o suspensión de la ejecución— o en las normas procesales a partir de la vigencia de las manifestaciones del principio de oportunidad —principalmente la conformidad—. De hecho, en la Exposición de Motivos del B_CPP se establece que “el modelo restaurativo que se implanta respeta el principio de legalidad y el monopolio jurisdiccional”.

⁹¹ No compartimos que ellos tengan que realizar ese ofrecimiento, al no tomar parte en el desarrollo de la mediación. Pero tampoco que no se vayan a dar alicientes jurídico-penales al infractor, explícitos o implícitos, para mostrarse proclive a explicar a la víctima lo sucedido, a pedirle perdón y a repararla de manera pronta y adecuada, puesto que de no ser así, y si todo al final termina en la aplicación de las opciones legales en los campos penales, procesales y penitencias señaladas, al menos en los delitos públicos las posibilidades de generalizar como mecanismo complementario en la resolución de los conflictos penales la mediación se nos antoja complicada. De hecho, en el Preámbulo del B_CPP la situación no se presenta tan cerrada: “Para el infractor la mediación sólo tendrá las consecuencias favorables procesales o materiales que del acuerdo se deriven, en su caso”.

⁹² En concreto, 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 de la celebración del acto del juicio oral. Curiosamente ésta es la única de las opciones que ha manejado el legislador en el art. 160.III A_LECR.

⁹³ Útil para superar las limitaciones de la atenuante de reparación, cuando menos en cuanto al momento temporal en el que puede llevarse a efecto el acuerdo de reparación, ya que como hemos señalado también puede tener lugar en fase de juicio oral.

⁹⁴ Vid. N. Rodríguez García, *El consenso en el proceso penal español*, Barcelona, 1997.

⁹⁵ Vid. D. Perulero García, “Mecanismos de viabilidad para la mediación en el proceso penal”, en H. Soletto Muñoz (dir.), *Mediación y...*, op. cit., pp. 560 y ss., quien organiza en ocho grupos los supuestos legales con contenido restaurativo de los que se puede beneficiar el infractor por la terminación exitosa del procedimiento de mediación. Y también vid. Cervelló Donderis, V., “Principios y garantías de la mediación penal desde un enfoque resocializador y victimológico”, *Revista Penal*, 2013, núm. 31, pp. 22 y ss.

⁹⁶ De hecho, al día de hoy en la normativa procesal vigente y en la regulación más actualizada que se hace de una de las modalidades de la conformidad, esto es, la que se puede producir en los juicios rápidos, además de que la prestación de la conformidad ante el Juzgado de Guardia cumpliéndose con los requisitos del art. 801.I LECR supone para el acusado una reducción en un tercio de la pena solicitada por la acusación pública, y ello aunque suponga la imposición de una pena inferior al límite mínimo previsto en el Código Penal, para acordar la suspensión de la pena privativa de libertad basta con el “compromiso” del acusado de satisfacer las responsabilidades civiles que se hubieren originado en el plazo prudencial que el Juzgado de Guardia fije, en el entendido de que en caso de incumplir el mismo se alzaría automáticamente la suspensión.

⁹⁷ Aunque no *obligará*, tal y como ya se puso de manifiesto en la Decisión Marco de 2001 ya referenciada, en la que sólo se habla de “tomar en consideración” el acuerdo al que hayan llegado el inculpaado y la víctima con ocasión de la mediación, hecho que reduce sensiblemente los alicientes a acudir a la mediación penal y que *complica* fundamentalmente el actuar del Ministerio Fiscal, por mucho que pueda hacer uso del principio de oportunidad, tal y como destaca A. Armengot Vilaplana, “La incorporación de la mediación en el proceso penal español”, *La Ley Penal*, 2014, núm. 106, pp. 94 y ss.

Perspectivas inciertas para la mediación en el sistema penal español

cabo tomando en consideración las líneas directrices que desde Europa se han marcado en 2001 y 2012 con unos instrumentos normativos que no son *soft law* y en los que su letra —y su espíritu— piensan en la necesidad general de que mejore la calidad de la Justicia penal —no sólo en términos de eficacia y eficiencia— y, en particular, la situación de la víctima que pasa por ella.

En este nuevo escenario, la mediación —e incluso las manifestaciones del principio de oportunidad— tienen que ser sólo una parte del ideal general de Justicia penal restaurativa en el Estado de Derecho, que para que cale, para que se convierta en una *cultura social* generalizada, requiere de años, de educación pedagógica, de inversión y, sobre todo, de una adecuada regulación jurídica.

ISSN 2007-4700



Universidad de Huelva
Universidad de Salamanca
Universidad Pablo de Olavide
Universidad de Castilla-La Mancha
Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal