

# GRADO EN DERECHO

## TRABAJO FIN DE GRADO

### *Fortalezas y debilidades de la mediación penal*

---

#### *Mediación Penal*

Departamento de Derecho Procesal

11 de mayo de 2021.

**Autor:** Francisco José Del Castillo-Olivares Pavillard

e-mail: [fdelcasti10@alumno.uned.es](mailto:fdelcasti10@alumno.uned.es)

**Profesor Tutor del TFG:** María Luisa Boticario Galavis

## **ÍNDICE**

### **1. Introducción**

### **2. Características y principios de la mediación penal**

2.1. Concepto de mediación penal y elementos esenciales

2.2. Nuevo sistema de resolución

### **3. Regulación de la mediación penal**

3.1. Origen europeo

3.2. Aplicación en España

3.3. Tendencias futuras

### **4. Efectos prácticos de la mediación penal y sus fortalezas y debilidades**

4.1. Justicia restaurativa

4.2. Eficacia y practicidad

### **5. Excepciones a la mediación penal**

5.1. Prohibición en el ámbito de la violencia de género

5.2. La complejidad de la mediación penal

### **6. Conclusiones sobre la mediación penal**

### **7. Bibliografía**

## **1. Introducción**

La expresión “mediación penal” es utilizada en términos generales en España para aludir a un sistema que comporta la posibilidad de resolver conflictos en el ámbito penal y que está acogido por la llamada justicia restaurativa.

Este método, que se postula como alternativo al proceso judicial, se entiende como un proceso en el que se da la oportunidad de construir un escenario presencial en el que intervengan la víctima de un delito o falta y por otro lado su infractor, con la existencia de una tercera persona, un mediador, el cual dará la oportunidad a los anteriormente referenciados para manifestar sus emociones, pareceres y versiones de las razones y demás elementos que llevaron a la decisión de cometer el acto ilícito, así como el resultado de esta actuación, el cual es padecido por la víctima, siendo la principal intención de las partes intervinientes la de tomar una decisión, de común acuerdo, acerca de la manera más idónea de proceder a solventar el perjuicio causado.

Como fin más importante de este método podemos destacar la obtención de un resultado que pueda ser considerado de mayor justicia en comparativa con el uso del método convencional. A este respecto, la doctrina que apoya la mediación penal considera que dicho objetivo se cumple con la reparación del daño causado a la víctima, en contraposición al mero castigo o condena del autor del hecho ilícito, lo cual se corresponde con la consecuencia actual del vigente sistema de justicia penal. Al poner el punto de atención en intentar subsanar el daño causado a la víctima, y no en la pena a asumir por el autor del delito, la mediación penal conlleva una participación activa tanto de la parte agraviada como del ejecutor del delito.

En lo que respecta a la víctima, su efectiva participación en la mediación se garantiza no sólo en la evolución del proceso, sino en la posibilidad de tomar decisiones en relación al tipo de prestación/reparación/resarcimiento que deba realizar el agresor. De igual forma, se faculta al infractor para dar a conocer su arrepentimiento por el hecho acaecido, ser consciente del daño

causado y, fundamentalmente, llevar a cabo los actos idóneos tendentes a solventar el mismo, en lugar de permanecer sin actividad proactiva con la simple aceptación de la imposición de una condena que no conlleva, necesariamente, una finalidad de reparación para la persona agraviada por el hecho delictivo.

Los defensores de esta nueva vertiente de la justicia, resaltan que la compensación del daño sólo es alcanzable a través de un proceso reparador, mediador o facilitador entendido como un proceso en el que las partes intervinientes en el litigio, en virtud de su autonomía de la voluntad y mutuo acuerdo, acuerdan cómo solventar el mismo así como sus consecuencias, focalizando la atención por lo tanto en el acto de reparar en vez de castigar. En palabras de RÍOS, el acuerdo representa la culminación del diálogo interpersonal. Es, sin duda, una de las partes más importantes del proceso pues, con frecuencia, consolida los procesos emocionales de liberación de las posiciones inicialmente mantenidas.<sup>1</sup>

Cabe resaltar de acuerdo con lo anteriormente señalado, que la principal diferencia que los defensores de esta teoría destacan que existe, entre el sistema de justicia tradicional y la mediación penal, es la nada fácil alusión a que a través de la justicia restaurativa, la solución del conflicto consecuencia del delito pasa a estar en el poder de decisión de las personas intervinientes en el conflicto, víctima y agresor, y no en los órganos pertenecientes a la Administración de Justicia del Estado.

Como destaca CUADRADO, un importante sector doctrinal hace hincapié, en que el hecho de que a través de la justicia restaurativa, se desacredite al Estado en cuanto a su monopolio relativo al “ius puniendi”, da lugar a considerar que nos encontremos ante un obstáculo de difícil solución, para poder acogerlo como método alternativo idóneo de justicia penal.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> - RÍOS MARTÍN, J., “Justicia Restaurativa y mediación penal”, en *Revista de la Universidad Pontificia de Comillas*, Número 98, 2016, p.116.

<sup>2</sup> - CUADRADO SALINAS, C., “La mediación: ¿una alternativa real al proceso penal?” en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología de la Universidad de Alicante*, 2015, p.5.

El dar por válido ese método, sería como admitir la existencia de una justicia penal de índole privado, lo cual choca frontalmente con el sistema de justicia actual en tanto que el delito es por lo general de naturaleza pública. Por todo ello, son los órganos del Estado los que exclusivamente podrían tener la labor de juzgar, siguiendo un proceso justo que comprendiese todas las garantías tal y como recoge el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Respecto a la noción de justicia restaurativa, esta se basa en el entendimiento del hecho delictivo como un mal que debe ser solventado por las partes involucradas en el mismo, esto es, la víctima y el autor del hecho, y no entre sus autores (el infractor) y el Estado. Esta noción incompleta, como afirma BERND-DIETER MEIER, conlleva que “si la justicia restauradora se limitase estrictamente a la solución del conflicto -en el sentido apuntado-, se estarían ignorando las necesidades e intereses sociales del mantenimiento en la seguridad y la paz social, vitales para la sociedad”.<sup>3</sup>

Esta innovación en la manera de presentar a la justicia, ha encontrado respaldo legal en un importante número de ordenamientos jurídicos; debiendo además destacarse la demostrada tasa de éxito, superior -en cuanto al nivel de agrado y del convencimiento, tanto por parte del agraviado como del agresor, de que la solución acordada ha sido más justa- al alcanzado por el vigente proceso penal. Esto es, la sensación de justicia en términos coloquiales alcanza un mayor significado con este método de resolución de conflictos.

A pesar del reconocimiento del legislador de integrar en el ordenamiento jurídico la posibilidad de resolución por la vía de la mediación penal, y no obstante su aplicación significativa en diversidad de países a lo largo de más de 20 años, sigue siendo muy importante el volumen de doctrina, tanto teórica como de análisis estadísticos de este método, por lo que lleva a la conclusión de que seguimos en una fase de perfilado y perfeccionamiento de la institución, que en ocasiones saca a la luz una problemática en la esfera procesal de

---

<sup>3</sup> BERND-DIETER MEIER, “Restorative Justice-A New Paradigm in Criminal Law?”, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 1998., pp. 126-127.

importante consideración, como es el caso de la peligrosidad del abandono de derechos y garantías del imputado en el seno del proceso penal, así como en relación a la seguridad de la propia víctima.

Es por ello esencial, poder determinar si la mediación penal debe vislumbrarse como una alternativa real al sistema de justicia vigente, o, si por el contrario, ha de considerarse limitada a ciertas materias y partes las cuales serán expresamente derivadas hacia la mediación, por el propio sistema jurídico. Dicho de otro modo, la reflexión principal es si nos encontramos ante un nuevo sistema de justicia susceptible de reemplazar al vigente, o si debe considerarse una rama o parte de la justicia que puede nacer en un momento determinado del proceso penal, con la finalidad de dotar de una solución más justa y eficaz al conflicto en curso, teniendo presente el interés público en la solución del caso, y no sólo, aunque también, el de las partes intervinientes en su seno.

## **2. Características y principios de la mediación penal**

### **2.1. Concepto de mediación penal y elementos esenciales**

Transcribiendo las consideraciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa, “la mediación penal es un procedimiento a través del cual víctima e infractor, voluntariamente, se reconocen capacidad para participar activamente en la resolución de un conflicto penal, gracias a la ayuda de un tercero imparcial: el mediador”.<sup>4</sup>

A la luz de lo anterior, queda patente que en el ámbito penal, la finalidad de la mediación es ayudar a que víctima e infractor solventen su litigio; objetivo que únicamente se alcanza porque la mediación penal no es más que un mecanismo al servicio de una idea de la Justicia penal caracterizada por alcanzar la pacificación del conflicto que existe en el origen a la comisión del delito (lo que es la esencia de la conciliación) y enmendar a la víctima de los

---

<sup>4</sup> Comité de Ministros del Consejo de Europa.

daños causados (lo que es propio de la reparación). Es por ello que a la mediación penal se le conoce también bajo el calificativo de «mediación penal reparadora». El hecho de que entre mediación penal, de un lado, y conciliación y reparación, de otro, exista una relación, no debe conducir equívocamente a equiparar conceptos, dado que es posible que la mediación no sea capaz de conseguir ni la conciliación ni la reparación; que la conciliación o la reparación se produzca sin previa mediación; o que exista conciliación sin reparación, y a sensu contrario: reparación sin conciliación.

Y es que las posibilidades de la justicia restaurativa se dividen en diferentes sistemas (mediación, conciliación, negociación, arbitraje) tal y como señala TAMARIT.<sup>5</sup>

De la antedicha definición de mediación penal también se extraen sus elementos configuradores esenciales como indica el propio Comité de Ministros del Consejo de Europa y como señala AGUILERA.<sup>6</sup>

Se corresponden con los siguientes:

a) Voluntariedad. Desde el origen hasta la finalización del proceso de mediación penal se hace necesario que víctima y infractor estén de acuerdo en sustanciar el litigio a través de ella. Esta voluntad debe emitirse de modo libre y consciente, lo que deja fuera, por una parte, toda actuación dirigida a doblegar o dirigir la voluntad de las partes en aras de que éstas accedan a someterse al procedimiento mediador, y conlleva, de otro, notificarles cómo se sustanciará la mediación penal, con sus ventajas e inconvenientes que, para cada parte, puede conllevar someterse a ella y, ante todo, en relación a las consecuencias que pueden darse tanto si se logra un acuerdo como si no. La voluntariedad que debe presidir la mediación penal lleva

---

<sup>5</sup> TAMARIT SUMALLA, J.M., “La justicia restaurativa: concepto, principios, investigación y marco teórico”, en TAMARIT SUMALLA, J.M., *La justicia restaurativa: desarrollo y aplicaciones*, Comares, Granada, 2012, pp. 3 y ss.

<sup>6</sup> AGUILERA MORALES, M., “La mediación penal: ¿quimera o realidad?” en *Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid*, 2011, P. 131.

implícita que las partes puedan cambiar de parecer en cualquier momento y rechacen participar en ella, sin que de tal cambio de opinión puedan derivarse resultados negativos de índole procesal o penal.

En este sentido, como correctamente sostiene SHAPLAND, ni la justicia penal tradicional ni la justicia restauradora pueden demandar a una víctima que perdone a su agresor. Si ello fuera así -prosiguen los autores-, “se colocaría a la víctima en una posición de victimización secundaria y se la compelería a servir otros intereses distintos a los suyos”.<sup>7</sup>

b) Confidencialidad. Se trata de un principio esencial y característico de la mediación penal y es que el contenido de los encuentros que se desarrollan con motivo del proceso de mediación son de índole estrictamente confidencial. Coherentemente con ello, el mediador debe cumplir con el deber de secreto profesional.

Por supuesto este elemento es un estímulo más para que las partes intervinientes decidan el sometimiento de su conflicto a mediación penal, dado que la privacidad en que ésta se desenvuelve y la circunstancia de que las declaraciones que desarrollen durante el procedimiento mediador carezcan de consecuencia jurídica, contribuyen a la confianza –sobre todo la del infractor– de optar por la mediación penal.

c) Imparcialidad. El origen voluntario de la mediación no impide en modo alguno el protagonismo que en ella posee el mediador, cuya experiencia y buen hacer profesional deben ponerse a disposición de las partes, dotándolos de soluciones satisfactorias pero sin llevar a cabo una actuación a favor de ninguna de ellas ni partidaria ni de arrastrarlos a la imposición de un determinado entendimiento. La intervención del mediador consiste en colaborar, desde una posición de completa independencia e imparcialidad, para que la víctima y el infractor consigan concluir con un acuerdo con el que solventar el conflicto generado entre los mismos.

---

<sup>7</sup> - SHAPLAND, J., “Situating Restorative Justice within criminal justice”, Research Article, 2006., p. 519.



d) Accesibilidad y autonomía respecto del sistema de justicia penal. La mediación ha de ser un mecanismo cuyo acceso debe posibilitarse en cualquier fase del proceso penal y debe estar accesible a cualquier persona que tenga vinculación con una infracción penal. Asimismo, debe tener un determinado carácter autónomo dentro del sistema de Justicia tradicional, lo que conlleva el verlo como un servicio institucional de los órganos de la Administración de Justicia pero a su vez independiente del Poder Judicial a través de la conciliación y/o de la reparación.

A los citados, deben adicionarse igualmente otros criterios que asimismo cabe considerarlos como esenciales de la mediación penal como lo son la gratuidad del servicio y la flexibilidad o informalidad que debe presidir aquélla, con la finalidad de que el eventual acuerdo entre las partes no sólo se consiga, sino que también llegue con rapidez.

## 2.2. Nuevo sistema de resolución

A pesar de las diferentes corrientes doctrinales y opiniones de autorizados sobre este nuevo sistema de resolución, no han dejado de resaltarse los aspectos positivos de la mediación reparadora como vía de resolución de conflictos penales. Ventajas para la víctima pues le atribuye un protagonismo indiscutible en la solución del conflicto de fondo, al darle la posibilidad, de un lado, que sea compensada por el daño sufrido; y evitar, de otro, que sea objeto de sufrimientos adicionales como aquellos que soporta cuando la respuesta al delito se dilucida a través del proceso penal.

Así, señala BARONA, “la mediación se presenta como un procedimiento extrajudicial en virtud del cual víctima e infractor, voluntariamente, se reconocen capacidad para participar en la resolución de “su” conflicto penal, con intervención del mediador, restableciendo la

situación previa al delito y el respeto al ordenamiento jurídico, amén de dar satisfacción a la víctima y el reconocimiento de tal actividad por el victimario”.<sup>8</sup>

De igual forma, existen ventajas para el infractor dado que al encontrarse frente al problema ocasionado y a la víctima, se promueve su sentido de la responsabilidad y, por ende, la prevención y la reinserción. A mayor abundamiento, otra ventaja indiscutible para el infractor es que su triunfo se traduce en un régimen penal más favorable para él, lo que, de otra parte, conlleva dar practicidad al conocido «principio de intervención mínima».

Las ventajas también se dan en términos generales para toda la comunidad puesto que evita la parte más deshumanizada del proceso penal actual e introduce el entendimiento y el consenso como medio para solventar conflictos. Asimismo, otra de las ventajas radica en que promueve la responsabilización del infractor y su reinserción social, contribuyendo por lo tanto a minorar su peligrosidad en el seno de la sociedad, ayudando a que de cara a la comunidad social se visualice un respeto al ordenamiento jurídico como prevención general positiva.

Por último, otra de las ventajas de la mediación penal y de gran importancia, se encuentra en el ahorro de tiempo y costes de este procedimiento en contraposición al proceso penal convencional, consiguiendo una respuesta mucho más ágil frente al fenómeno delictivo.

### **3. Regulación de la mediación penal**

#### **3.1. Origen europeo**

Es a partir del año 2015 cuando se inicia en España una regulación respecto a la mediación penal dado que hasta ese momento sólo existía alusión a ella a través de la *Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores*, la cual prevé

---

<sup>8</sup> BARONA VILAR, S., “Mediación penal como pieza del sistema de tutela del siglo XXI. Un paso más hacia la resocialización y la justicia restaurativa, Universidad de Valencia”, *Revista de Derecho Penal*, 2009, p.21.

la posibilidad de sobreseer el expediente a través de la conciliación entre el menor y la víctima.

En el seno de la Unión Europea a través de la *Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo (2001/220/JAI)*, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal y 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 delitos, y por la que se sustituye la *Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo*, se plantea la necesidad de prever la vía de la mediación penal para adultos en las legislaciones de los distintos Estados Miembros.

A partir del mes de julio de 2015, con motivo de la reforma del Código Penal español, se produce la regulación por vez primera de la mediación penal en España, concretamente a través de la modificación del artículo 84.1. que literalmente dice así: "*1. El juez o tribunal también podrá condicionar la suspensión de la ejecución de la pena al cumplimiento de alguna o algunas de las siguientes prestaciones o medidas:*

*1.ª El cumplimiento del acuerdo alcanzado por las partes en virtud de mediación.*"

Esta previsión conlleva que a través de acuerdos o pactos derivados del proceso de mediación penal sea posible condicionar la suspensión de la pena, permitiendo a título de ejemplo que el infractor evite la condena de prisión.

Asimismo, a través de la *Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito*, se produce la alusión a la mediación penal, en la medida en que se establecen los elementos necesarios para acceder a dicha vía de resolución, lo que conlleva que ambas partes intervinientes en el proceso consientan su sometimiento a él, que el infractor reconozca la autoría de los hechos que se le imputan, que el procedimiento no implique un peligro para la seguridad de la víctima o le cause nuevos daños, y que el acudir a esta vía de solución no esté

expresamente prohibida por ley para el delito en cuestión, como es el supuesto de la violencia de género, en la que no cabe la posibilidad de acudir a la mediación.

Profundizando más en la mediación penal y su regulación, cabe destacar que el impulso que se ha llevado a cabo en Europa sobre esta vía de resolución de conflictos en los últimos diez años ha sido relevante.

Ello se ha traducido en la práctica, en la importante actividad llevada a cabo por los distintos organismos e instituciones europeas los cuales han contribuido a impulsar su difusión por los diferentes Estados Miembros. La labor legislativa de los organismos tanto comunitarios como no comunitarios, ha dado lugar a la aparición de textos de diverso carácter que regulan esta nueva figura.

La Unión Europea ha puesto de manifiesto en los últimos años su voluntad de impulsar esta vía de resolución de conflictos a través de su afianzamiento mediante la promulgación de diversas Recomendaciones y Directivas cuya finalidad no es exclusivamente la información o fomento de la misma para que en los Estados Miembros de la Unión Europea se opte por la mediación como nuevo sistema, sino también para establecer un *iter temporal* a este hecho, para hacer efectiva su aparición y uso práctico.

De esta forma, de un fugaz repaso de los textos que han contribuido en esta expansión, de forma ordenada en el tiempo ya en un primer momento en la *Constitución para Europa* se citaron las vías alternativas de solución de conflictos en varios de sus artículos, trasponiendo parte de este contenido en el *Tratado de Lisboa*. Asimismo, se prosiguió ayudando a la difusión de la mediación a través de otros textos de diversa naturaleza, entre los que se encuentra el denominado “*Libro Verde*”, reflejo de las conclusiones del Consejo Europeo de Tampere (1999), la promoción del *Código de Conducta para Mediadores* (2004), y distintas Recomendaciones y Directivas del Consejo de Europa. Por otro lado, debemos mencionar de

entre los textos emanados de la Unión Europea, la *Directiva 2008/52/CE*, que trata aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles.

En el ámbito de Europa y a pesar de este contexto de expansión, no podemos actualmente afirmar que la situación de la figura de la mediación penal sea homogénea ni tenga la misma trascendencia en todos los Estados Miembros. Ello no impide que tanto la Unión Europea como el Consejo de Europa hayan tratado de impulsar la implantación de la mediación a través de textos como los ya citados anteriormente, comprensivos de un carácter más general, con la finalidad de tratar de homogeneizar la situación.

Respecto a la labor legislativa comentada y en concreto en relación a la mediación penal y al trabajo desarrollado por el Consejo de Europa, podemos citar distintas recomendaciones: [R (83) 7, R (85) 2, R (85)117, R (87) 18, R (87) 21, R (99) 19], debiendo destacar la última de ellas. Con esta R (99) 19 se pone de relieve la importancia de fomentar la participación en la resolución del litigio de naturaleza penal, tanto de la parte infractora como de la víctima, y de todas aquellas personas que se puedan estar viendo agraviadas, ya sea en el plano temporal presente como potencial (en cuanto a lo que concluya el acuerdo que resuelva el conflicto-pacificación social) por el conflicto, entendiendo aquí implícita también a la comunidad en general.

La Recomendación (99)19 formula los elementos configuradores que deben informar en todo momento un proceso de mediación (confidencialidad, voluntariedad y neutralidad de los mediadores), y cita las características que los servicios de mediación deben desarrollar, y sobre todo, enumera aspectos sobre la cualificación o categoría profesional de los mediadores. En relación a la actividad desarrollada por la Unión Europea, deben citarse el Tratado de Amsterdam (1997)<sup>10</sup>, y las conclusiones del Consejo Europeo de Tampere (1999) ya citadas, comprometiéndose en éstas los Estados Miembros a expandir el ámbito de la resolución alternativa de conflictos al campo de la mediación penal. Se admite por los Estados que no debe circunscribirse exclusivamente la mediación al ámbito civil, y se hace referencia a los

términos de “*Justicia Restaurativa*” y pacificación social, como elementos esenciales de la mediación en el ámbito penal, base de este nuevo sistema.

A su vez, cabe aludir tanto a la comunicación presentada ante el Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social, titulada “*Víctimas de delitos en la Unión Europea. Normas y medidas*” (2000), como a la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal celebrada en Viena (2002), en la cual se hace un análisis de la “Justicia Restaurativa/Reparadora” y su rol en el proceso penal.

La suma de todas estas iniciativas ha llevado a la redacción de la *Decisión Marco del Consejo (2001/220/JAI)*<sup>14</sup>, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal. En esta Decisión Marco se dejan de manifiesto, entre otras, las definiciones de “víctima”, “organización de apoyo a la víctima”, “proceso penal”, “mediación en causas penales”, etc.

Asimismo se regula la situación de las víctimas (diferenciando entre aquellos casos en los que las víctimas sean o no del mismo Estado Miembro), la cooperación entre Estados Miembros, la mediación penal en el marco del proceso penal, etc... Aludimos en concreto al artículo 10 de esta Decisión Marco en el cual se señala que “*Los Estados miembros procurarán impulsar la mediación en las causas penales para las infracciones que a su juicio presten a este tipo de medida... [y] ...velarán por que pueda tomarse en consideración todo acuerdo entre la víctima e inculpado que se haya alcanzado con ocasión de la mediación en las causas penales*”.

Toda esta diversidad de textos tanto en la mediación en general como en la mediación penal a través de tantas iniciativas, Directivas, Recomendaciones, protocolos etc... conlleva que, al igual que la mediación en otros ámbitos, el contexto de la mediación penal no haya destacado desde su origen, ni a día de hoy, por una uniformidad y homogeneidad en el panorama europeo.

### 3.2. Aplicación en España

De una forma muy concisa, el artículo 25 de la Constitución Española, el Código Penal, en sus diversas reformas, así como la Ley General Penitenciaria, aluden a la reinserción y reeducación como una de las finalidades de las penas y sanciones. Desde esta visión y mandato se ha ido gestando la llamada “*teoría ecléctica*” cuyo cometido es balancear las distintas finalidades de la pena, esto es, la protección de la comunidad social y los intereses del sujeto, siendo consciente que no todo el derecho penal puede ligarse a la finalidad preventivo-especial tal y como asimismo defiende PÉREZ-MANZANO.<sup>9</sup> A través de este escenario es desde el que se reivindica el estatus de la víctima mediante una configuración que la sitúe como dueña del conflicto, posición que originariamente le había sido despojada. Su progresión posterior en el seno del proceso penal en España es limitada, cambiante y no exenta de dudas, como abordaremos a continuación.

Tal y como ya se ha manifestado anteriormente, en España la primera referencia a la mediación penal se produjo en la esfera de la justicia de menores, esto es, a través de la *Ley Orgánica 5/2000, de responsabilidad del menor*, en la cual se previó la posibilidad de sobreseer un expediente en caso de conciliación entre el menor infractor y la víctima. Asimismo, encontramos la alusión a la mediación penal como también se ha reseñado ya, en la reforma del Código Penal del año 2015, así como en la *Ley 4/2015, de 25 de abril, del Estatuto de la víctima del delito*.

En lo que respecta al proceso de menores, la mediación penal en este ámbito presenta los siguientes elementos esenciales:

---

<sup>9</sup> PÉREZ MANZANO, M., “Culpabilidad y prevención: las teorías de prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena”, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 1990, p. 238.

- a) se hace necesaria la presencia de un proceso (caso) penal en curso, esto es, en fase de investigación;
- b) la iniciativa compete al Ministerio Fiscal, quien deberá pedir al equipo técnico que emita un informe en relación a la solución acertada;
- c) la iniciativa de mediación debe ser puesta en conocimiento del menor y sus representantes legales, los cuales deberán dar a conocer su consenso con el diálogo;
- d) la participación del equipo técnico, integrado por psicólogos, educadores y trabajadores sociales es imprescindible para la obtención de un acuerdo;
- e) una vez que se ha aceptado la mediación se pondrá en conocimiento de la víctima quien debe manifestar su acuerdo libre e informado;
- f) el acuerdo conseguido implica que se dicte un auto de sobreseimiento y/o archivo de las actuaciones, pese a que el proceso prosiga en el caso de que el menor deje de cumplir con la reparación o actividad educativa dictada. Finalmente,
- g) el acuerdo sustituirá a las medidas acordadas.

Tal y como señala GIMENO<sup>10</sup>, “el proceso penal del menor no está dirigido a obtener la aplicación del “*ius puniendi*”, sino que es un proceso concebido para obtener la rehabilitación del menor y solucionar el conflicto intersubjetivo entre el agresor y la víctima. Para el logro de estos objetivos, la *Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores* procede, de un lado, a redefinir las funciones del Juez de Instrucción y

---

<sup>10</sup> GIMENO SENDRA, V., “Manual de Derecho Procesal Penal”, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2ª Edición 2018, p. 717.



del personal colaborador, fundamentalmente del Ministerio Público, y a consagrar, de otro, el principio de oportunidad en la persecución penal”.

Ello comporta que en contraposición al conocido principio de legalidad, la *Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores* dote al Ministerio Público del papel de líder de la Instrucción e introduzca el principio de oportunidad reglada, lo cual conlleva que a pesar de haber incurrido el menor en un delito público, el Ministerio Fiscal tenga la facultad de renunciar al encauzamiento del expediente, obtener el sobreseimiento de un proceso o la sustitución de una pena privativa de libertad por otra limitativa de derechos, siempre y cuando se den unos requisitos determinados, como son que la naturaleza del hecho no sea de perfil violento, la personalidad del imputado conduzca a la posibilidad de llegar a la reinserción y siempre que la rápida reparación de la víctima lo permita. El uso de este principio no conlleva que nos encontremos ante actuaciones arbitrarias, sino el obtener los fines tales como la reinserción del imputado y la tutela de la víctima que, cuando se den los requisitos citados, hacen desaparecer la exigencia de un interés público en la persecución penal.

En relación a las reformas del Código Penal y su conexión con la mediación penal, ARMENTA señala que el resarcimiento del daño se aprecia en el seno de las reformas recientes del sistema penal de adultos como vía legal a través de la cual los jueces dotan de relevancia a un acuerdo extrajudicial de mediación.<sup>11</sup>

Y, en concordancia, el cumplimiento de compromisos de mediación puede ser considerado a los efectos de proceder a la sustitución de la pena de prisión por multa o trabajos comunitarios.

Asimismo, en la regulación actual en el Código Penal se ha potenciado el acudir a la justicia reparadora con motivo del cumplimiento de la responsabilidad civil como requisito para la

---

<sup>11</sup> ARMENTA DEU, T., “Justicia restaurativa, mediación penal y víctima: vinculación europea y análisis crítico” en *Revista General de Derecho Europeo*, 2018, p.215.

suspensión de la ejecución condicional de la pena de prisión; y también, como elemento valorativo en el pertinente informe de pronóstico indispensable del juez de vigilancia penitenciaria y la institución penitenciaria a efectos de la consecución de la libertad condicional. A estos efectos, se prevé el condicionamiento de la suspensión de la ejecución de la pena al cumplimiento del acuerdo alcanzado por las partes en virtud de mediación, revocable en caso de incumplir los términos pactados.

Por otro lado, aunque no nos encontremos ante estrictos supuestos de mediación o reparación, la Ley General Penitenciaria sí que constituye un progreso en este ámbito al impulsar la incorporación de la víctima y su posibilidad de recurrir el auto del Juez de Vigilancia Penitenciaria autorizando el tercer grado, aunque no haya sido parte, en los delitos de homicidio, lesiones, robo con violencia o intimidación, aborto, delitos contra la libertad, tortura y contra la integridad moral, libertad e indemnidad sexual, terrorismo o trata de seres humanos.

Igualmente, se le faculta para recurrir al auto del Juez de Vigilancia Penitenciaria que concede beneficios penitenciarios, clasificación de tercer grado, permisos, salidas, así como recurrir el auto de libertad condicional en los delitos contemplados en el artículo 36,2, en los superiores a cinco años, los de terrorismo, grupo organizado, libertad sexual, menores, prostitución o algunos de los citados en el primer apartado. Con esta regulación se encara el conflicto entre los derechos de la víctima y del condenado y las medidas contempladas para éste, todas orientadas a la reinserción. A mayor abundamiento, el juez o tribunal podrá someter la suspensión de la ejecución de la pena a la condición del cumplimiento del acuerdo alcanzado por las partes interesadas con motivo de la vía de la mediación; al igual que su incumplimiento grave o reiterado condicionaría la revocación de la suspensión.

Lo manifestado en los párrafos anteriores, se correspondería con la implementación más consistente hasta el momento en relación a la mediación penal en España, y por lo tanto la más concordante con la *Directiva Europea 2012/29/UE* y con los predicamentos de la

mediación en el seno de la justicia restaurativa prevista en el artículo 15 de la *Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito*.

Adentrándonos en la mediación penal en España desde la óptica del principio de oportunidad, debemos destacar la concepción del mismo como un instrumento que posibilita la racionalización de la persecución penal y el descongestionamiento de la Administración de Justicia.

Sin perjuicio de lo anterior, para aproximarnos de la forma más certera posible al citado principio, se hace preciso aludir a su concepto.

No es posible identificar, así como tampoco ocurre con la mediación, un concepto único del principio de oportunidad, sin embargo de acuerdo con lo dispuesto por LANZAROTE MARTÍNEZ<sup>12</sup> podemos entenderlo como “aquel en virtud del cual se atribuye a la autoridad encargada de la acusación oficial, esto es, al Ministerio Fiscal, la facultad de no ejercitar la acción penal, no obstante la existencia de un hecho que reviste los caracteres de delito y de su autor, concurriendo determinados presupuestos y requisitos legalmente establecidos”.

Asimismo, cabe destacar lo señalado por GIMENO<sup>13</sup> respecto a la acción penal privada y el principio de oportunidad en el sentido de que “aunque el artículo 101 del *Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, aprobatorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal* consagre el principio de que la acción penal es pública y popular, una excepción al referido principio lo constituye el artículo 104 de la citada norma”. Y es que el citado artículo regula determinadas derogaciones tanto al principio de publicidad como al de legalidad en el ejercicio de la acción penal que dan la posibilidad de manifestar la presencia en el proceso penal español, y de igual forma en otros ordenamientos, de determinadas acciones penales privadas, exclusivas y

---

<sup>12</sup> LANZAROTE MARTÍNEZ, P. “La oportunidad reglada como técnica de persecución punitiva”, *Revista del Ministerio Fiscal*, nº3, 1996.

<sup>13</sup> GIMENO SENDRA, V., “Manual de Derecho Procesal Penal”, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2ª Edición 2018, p. 166.

relativas que, participadas por el principio de oportunidad, dotan a la víctima de un derecho a la no perseguibilidad del delito y, en determinadas circunstancias, un derecho igualmente para constituirse como exclusiva acusación en el seno del procedimiento e incluso a obtener a través del perdón del ofensor la extinción de la responsabilidad penal y a resolver sobre la práctica o no de la pena.

Asimismo, cabe destacar la alusión contenida en la Recomendación 18 (87) del Comité de Ministros del Consejo de Europa, que concibe el principio de oportunidad como “la facultad de renunciar a la iniciativa de un procedimiento penal o de poner término al ya iniciado”. Se trataría pues de un concepto que se presenta como una alternativa o excepción al principio de legalidad, que afecta sobre todo a la intervención del Ministerio Público dentro del proceso penal<sup>14</sup>.

En lo que respecta a la actuación del Fiscal, este principio se enfrenta al denominado “principio de indisponibilidad o irrenunciabilidad” de la acción penal.

La propuesta de la referenciada Recomendación (87) 18, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, es la de acudir al principio de oportunidad para agilizar el ejercicio de la acción penal, dado que podríamos encontrarnos ante un importante avance para luchar contra el colapso y la dilación de nuestro sistema judicial.

Como ya se ha manifestado, cabe destacar que esta alternativa u oportunidad de poder agilizar la justicia penal tendría muchas ventajas para ambas partes intervinientes en el proceso, esto es, para la víctima y victimario.

Desde el plano de la víctima, se acortarían los plazos para solventar el conflicto, por lo que su reparación sería más sencilla y ágil en contraposición al sistema de justicia penal tradicional.

---

<sup>14</sup> ARMENTA DEU, T., *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*, PPU, Barcelona, 1991

Desde la perspectiva del victimario, también es aconsejable que el litigio se resuelva a través de la mediación dado que con esta vía se profundiza más en diagnosticar e indagar acerca del motivo por el que actuó de ese modo y llevó a cabo la actuación ilícita en cuestión. A mayor abundamiento, con estos procesos es posible la consecución por parte del agresor de que se someta de manera voluntaria a un proceso de rehabilitación, como puede ser cuando media una enfermedad vinculada a la drogodependencia, alcoholismo, u otras. Asimismo, se puede conseguir que el infractor admita la infracción llevada a cabo, y puede por tanto resocializarse, cuestión que ayuda a la prevención de delitos y a posibilitar la rehabilitación y reinserción social del acusado.

No obstante lo anterior, no debemos olvidar que el principio de oportunidad presenta determinadas limitaciones, tal y como se recogen en la referenciada Recomendación: “que debe inspirarse en la igualdad y en la individualización de la justicia penal y concretamente teniendo en cuenta: la gravedad, naturaleza, circunstancias y consecuencias de la infracción; la personalidad del denunciado; la condena que pudiera imponerse; los efectos de la condena sobre el denunciado y, la situación de la víctima”<sup>15</sup>.

Por todo ello, cabe considerar el principio de oportunidad y la mediación como alternativas altamente ventajosas que deberían desarrollarse plenamente en nuestro sistema actual de justicia, pero sin obviar la tutela judicial efectiva de jueces y tribunales.

### 3.3. Tendencias futuras

La mediación, tal y como se encuentra en el presente regulada en el ámbito penal, se corresponde con un medio más para dotar de mayor visibilidad a la víctima y por lo tanto del valor y estatus que merece tener, siendo además una herramienta muy relevante y útil para

---

<sup>15</sup> Recomendación (87) 18, del Comité de Ministros del Consejo de Europa.

conseguir la reparación. La mediación no persigue la sustitución del proceso, sino que se trata de un elemento adicional del sistema de justicia penal tradicional.

El origen del sentido de la mediación radica en poder considerar a la víctima como una persona “comprensiva”, lo cual no conlleva en absoluto ninguna justificación de lo sucedido, pero sí en el sentido de la escucha de las motivaciones que exponga el infractor en relación al hecho delictivo cometido, todo ello en un escenario de quietud emocional y en el reconocimiento del infractor como una persona de la cual se puede obtener una mejoría en su comportamiento y asunción de responsabilidad.

La consideración actual de la mediación penal es la de constituir la vía más innovadora de plantear los problemas ligados a cierto tipo de delitos, situada dentro de lo que se conoce como la «justicia restaurativa» cuya finalidad es la de proporcionar un tratamiento integral del conflicto, erigiéndose como mecanismo auxiliar de la justicia con una metodología dirigida a dar una mejor y más apropiada respuesta a determinados conflictos. El poder considerar dentro de los grupos delictivos aptos para ser solventados por la vía de la mediación los supuestos relacionados con la violencia doméstica y de género, es en la actualidad todavía una propuesta con la que se pretende intentar cortar las raíces del conflicto, evitando nuevos incumplimientos del maltratador y resarciendo y protegiendo a la víctima al tiempo que se le confiere una situación de protagonismo innegable.

A las antedichas ventajas o puntos fuertes de la mediación penal deben sumarse otras de relevancia. Es el caso de la eficacia en términos procesales. La escucha activa a las partes en su conflicto y el acceso a una posible solución de forma reglada y supervisada, puede resultar considerablemente más económico y ventajoso para el Estado que aplicar siempre y sin excepcionalidad ni adaptación alguna el sistema punitivo estatal. Las actuaciones desarrolladas en los diferentes Juzgados y Tribunales españoles muestran como en los supuestos de alcanzarse un acuerdo, el trámite procesal se acorta al introducirse y validarse

aquél bajo el paraguas de una conformidad particular con el valor añadido del normal y elevado grado de cumplimiento de los acuerdos.

Sin perjuicio de las futuras regulaciones pormenorizadas y desarrollos normativos que pueda llevar a cabo el legislador en relación a la mediación penal, las bases de la misma ya se han producido en España y han ido encaminadas a dotarla de la mínima e imprescindible cobertura legal desde el novedoso Estatuto de la Víctima aprobado por Ley 4/2015, de 27 de abril.

La mediación penal no debería considerarse como un medio alternativo sino como un medio complementario de resolución de litigios, por un doble motivo:

- porque la justicia restaurativa no está dotada de un carácter absoluto que le dé la posibilidad de dar respuesta a todas las situaciones a que debe atender el derecho penal y el derecho proceso penal, requiriendo en determinados casos de la intervención jurisdiccional en aspectos como el cautelar o el de ejecución;
- y porque el sometimiento a la mediación penal no puede entenderse como una elección concreta entre la garantía que conlleva el proceso penal y su renuncia y abandono; tanto desde el punto de vista constitucional (del derecho de acceso a la justicia) como de la propia practicidad de la mediación, que se circunscribe a principios y objetivos ligados a la libre voluntad, y cuyo complemento por esencia es la jurisdicción. La mediación penal no debe negar el proceso ni acotarlo, menos aún si tenemos en consideración que el acuerdo al que finalmente se llegue, tras la mediación, se incorporará a un proceso al menos en algunas modalidades.

Con motivo de las limitaciones anteriormente señaladas, sumado ello a la prohibición de su uso en algunos supuestos, resulta imprescindible que en la mediación penal se dé la

conurrencia de una serie de garantías en aspectos elementales, empezando por la promulgación legislativa que satisfaga la previsión normativa.

En la normativa deberían recogerse, además de los aspectos requeridos en la Directiva 2012/29/UE, que se constituyen como “normas mínimas” sobre los derechos, apoyo y protección a la víctima de los delitos, aquellos aspectos en relación a la salvaguarda de la presunción de inocencia y del acceso a la mediación con un conocimiento libremente informado que garantice la voluntad decidida de la víctima y del infractor; la confidencialidad y el secreto de acudir a la mediación y de las deliberaciones que en ella se sucedan, así como, que en caso de no alcanzarse un acuerdo, la incorporación al proceso penal no conlleve de ninguna forma el uso de lo manifestado en la mediación o que el mediador pueda ser llamado como testigo o perito al proceso. Asimismo, se hace necesario determinar unas garantías de profesionalidad e independencia del mediador que deban estar incorporadas a un Estatuto del mediador.

Es por ello que se hace del todo necesario que, tal y como se ha manifestado, se regulen con las debidas garantías el modo de incorporar el acuerdo alcanzado al proceso y la posible suspensión de aquél; y asimismo, si fuera el caso, la hipotética exclusión de éste último en aquellos hechos, necesariamente previstos legalmente, y que se encuentren ligados a la existencia de elementos como el resarcimiento de la víctima.

A modo de conclusión del presente apartado sobre el futuro de la mediación penal, y como mera reflexión personal, debe reconocerse su utilidad eventual y complementaria del proceso penal, siendo, este último y hasta el momento, el medio más idóneo para preservar las garantías individuales, las finalidades del derecho penal y alcanzar la paz social.

#### **4. Efectos prácticos de la mediación penal y sus fortalezas y debilidades**

##### **4.1. Justicia restaurativa**



Digamos ya que, a falta de una definición universalmente válida, entendemos por Justicia Restaurativa, en sentido amplio, tal y como así la ha manifestado NACIONES UNIDAS, “el método de resolver los conflictos que atiende prioritariamente a la protección de la víctima y al restablecimiento de la paz social, mediante el diálogo comunitario y el encuentro personal entre los directamente afectados, con el objeto de satisfacer de modo efectivo las necesidades puestas de manifiesto por los mismos, devolviéndoles una parte significativa de la disponibilidad sobre el proceso y sus eventuales soluciones, procurando la responsabilización del infractor y la reparación de las heridas personales y sociales provocadas por el delito”.<sup>16</sup>

En términos generales, la justicia restaurativa compone un cambio en la filosofía de justicia donde se toma en consideración el fracaso del modelo actual del procedimiento penal para acudir a una opción que dé un cambio radical en la conexión del perjudicado y el Estado. Un cambio en el pensamiento tradicional en relación al sistema penal y las formas de abordar las situaciones generadas por el delito.

La perspectiva restaurativa da la posibilidad de comprobar las funciones jurídicas que llevan al resarcimiento del daño generado por el delito: la esencia civil de la reparación, la naturaleza penal del resarcimiento del daño o la percepción de que la comisión de un hecho ilícito por un condenado acarrea la posibilidad de obligar a cumplir una condena sin que sea elemental, idóneo o eficaz llevarlo a cabo. O visto desde otra perspectiva, que la cuestión del delito y de su respuesta frente a sus resultados no puede ser exclusiva del Estado.

La justicia restaurativa, nacida originariamente como respuesta al abandono de la víctima, ha progresado superando dicha fase para convertirse en un sistema en búsqueda de la perfección del sistema penal. Constituye una realidad de la filosofía penal en el entendido de un movimiento social extenso que respalda un patrón distinto de justicia.

---

<sup>16</sup> United Nations, Handbook on restorative justice programmes, Criminal Justice Handbook Series New York: United Nations - Office on Drugs and Crime, New York, 2006.

Da la posibilidad al encausado y al afectado de resolver el conflicto siendo ambos parte activa en el procedimiento a seguir.

Desde esta perspectiva, el hecho delictivo focalizado en la existencia de una desavenencia entre el afectado y autor del hecho busca la consecución de una resolución más ligada al ámbito interpersonal que a la mera condena del infractor.

Desde ese punto y sin una posición generalizada de la vertiente doctrinal que apoya la justicia restaurativa, las opiniones son diversas, aunque todas tengan como punto de conexión el hecho de la existencia de un diálogo restaurativo y del resarcimiento entre perjudicado y autor del delito.

En lo que la justicia restaurativa incide es en el hecho de desechar una excesiva alusión al conflicto y su resolución a modo de parámetro de la solución penal y procesal penal, dado que se dan otros supuestos representados por la agresión unilateral en que la idea de conflicto no posibilita vislumbrar el origen del litigio y la necesidad de respuesta.

Desde este punto de vista, lo que debe solicitar la comunidad no se basa únicamente en una solución al conflicto sino en una demanda de justicia, de tal forma que para recobrar la confianza en la justicia, el Estado pueda actuar tomando una respuesta focalizada en la declaración de responsabilidad sobre lo acontecido, como es habitual, pero al mismo tiempo pueda fomentar e impulsar mecanismos a través de una respuesta constructiva dirigida a la responsabilización y al resarcimiento, lo cual tanto la víctima como el infractor y demás personas directamente afectadas puedan entender como justa.

La vertiente doctrinal que apoya la justicia restaurativa destaca sus ventajas apelando a las siguientes notas que la caracterizan:

- a) mayor protagonismo de las personas intervinientes en el conflicto;
- b) voluntariedad;
- c) centralidad de la víctima;
- d) reconocimiento del rol de la comunidad;
- e) apertura a nuevos mecanismos restaurativos;
- f) relevancia de la dimensión emocional y comunicativa del proceso;
- g) inclusión de todos los delitos;
- h) atención a la evaluación práctica de los programas y,
- i) complementariedad e independencia respecto al sistema de justicia penal.

Pese a todas las ventajas anteriormente referenciadas, lo cierto es que a día de hoy la realidad ha conducido a abandonar las tesis idealistas que veían en la justicia restaurativa la oportunidad de crear un modelo de justicia que sustituyera al actual. Ello no implica que la justicia restaurativa haya perdido toda su fortaleza o que no siga teniendo férreos defensores. Las apelaciones a la justicia restaurativa se ven fortalecidas por la convergencia del apoyo de sus defensores con los obstáculos del Estado en la actual administración de justicia, entendiendo dicho término en su sentido literal, en su perspectiva de un servicio del Estado del que debe responder basándose primordialmente en principios económicos de rapidez y eficacia.

Por todo ello, la justicia restaurativa no es un asunto pacífico exento de conflictos. El cambio radical que comporta en el sistema actual la hace inevitable. Pero no es esta la objeción más importante que esgrimen sus detractores.

Algunas de las dificultades que se esgrimen desde la propia vertiente de sus defensores son:

- a) el rol del facilitador y particularmente su profesionalidad;
- b) la forma de integrarlo en la justicia penal y los efectos procesales o en la ejecución de la pena;

- c) el modelo restaurativo, en el que puede prevalecer la idea de encuentro, el resultado reparador o el ideal de transformación;
- d) la posición que puede tener la idea de reconciliación, y;
- e) los efectos reales del proceso sobre sus intervinientes.

A estas hay que adicionar otras, compartidas por la vertiente que se posiciona a favor de la justicia restaurativa pero con ánimo más crítico, resaltando:

- a) la insuficiencia de prevención general o especial y por ende de seguridad jurídica;
- b) la imposible aplicación de la proporcionalidad, situándose fuera de la tutela judicial efectiva y más aún cuando no cuenta con la intervención de los jueces, sustituidos por mediadores;
- c) conllevar la privatización de la justicia penal y fomentar la discriminación en favor de aquellos que ostentan un estatus económico más acomodado con la finalidad de conseguir su resarcimiento; así como,
- d) la gran dependencia que tendrá según se trate de un tipo u otro de víctima; o, finalmente,
- e) establecer un mecanismo de doble vía que deja fuera los delitos graves y aquellos cometidos por personas jurídicas.

Nos encontramos en consecuencia ante un movimiento de resultados inciertos, al menos en España, en la que no existe a día de hoy un acuerdo más allá de constituir un método complementario del proceso penal y no alternativo como acostumbra a definirse, por dos consideraciones. No conllevar la sustitución respecto al proceso desde diferentes puntos de vista, como son su ámbito objetivo de aplicación o su alcance en las diferentes fases del mismo (investigación, enjuiciamiento y ejecución), así como por las razonadas incógnitas que arroja sobre determinadas garantías, tales como, la seguridad jurídica, la presunción de inocencia o la vía para ser capaz de garantizar una verdadera voluntariedad en condiciones sociales, económicas y de poder desiguales.

Ello no implica que la justicia restaurativa no tenga capacidad de acción, ni que deba negarse categóricamente. Su objetivo es loable y puede ser idónea en un ámbito objetivo de aplicación concreto. Éste, no obstante, será limitado y dependerá, a priori, de la garantía del acceso a la misma salvaguardando la voluntariedad, algo difícil tanto para la víctima, a la que se le solicita una actitud que no tiene porqué concurrir y para el presunto delincuente quien a fin de cuentas trata sobre su libertad. Tampoco deben ignorarse puntos débiles como son el riesgo de ocultar los conflictos sociales al tener la intención de abordar los efectos o manifestaciones del litigio pero no su desencadenante; la utilización de las víctimas para aliviar el trabajo de los tribunales con riesgo de una doble victimización; el eventual incumplimiento del principio de igualdad y la privatización del conflicto penal, más allá de no dar cobertura los fines irrenunciables a los que se encuentra ligado todo sistema penal, como el intentar evitar delitos futuros y el de prevención de los comportamientos delictivos en general. Asimismo, es importante volver a resaltar la función irrenunciable del proceso penal y más aún a través de modelos que abarquen supuestos y personas determinadas poniendo en peligro la igualdad ante la ley; algo que ya pronosticaban sus defensores al entenderla, no como una alternativa de uso generalizado sino para algunos singulares, donde igualmente sea irrenunciable el acuerdo de la víctima, lo que imposibilita su previa determinación, o su prohibición en supuestos delictivos concretos.

#### 4.2. Eficacia y practicidad

La mediación puede ser utilizada como vía parcialmente independiente del proceso judicial, pero participada por el sistema de justicia penal tradicional; esto conlleva que no nos encontremos ante un nuevo sistema de justicia independiente y paralelo al convencional, sino de complementarlo a través de la combinación de sus valores y prácticas con las que ya existen en el seno del propio sistema del cual nacen.

Para que en la práctica pueda tener lugar la inserción de la mediación en la forma antedicha, es necesario que el sistema de justicia en el que pretenda incorporarse este método de

resolución de conflictos penales esté diseñado de forma que posibilite dicha implementación. Es decir, el ordenamiento jurídico de que se trate únicamente podrá aceptar la existencia de procesos de mediación si está dotado de mecanismos que permitan desviar del proceso penal determinados asuntos, esto es, si está informado por el principio de oportunidad.

ARMENTA señala que otro de los efectos prácticos de la mediación penal radica en el entendimiento que tiene parte de la doctrina sobre la misma como la posibilidad de restaurar también la responsabilidad de los infractores, dotándolos de la oportunidad de llevar a cabo actos dirigidos a reparar el daño causado, no sólo de forma material, sino también simbólica. La finalidad que se perseguiría según esta parte de la doctrina sería la de que el autor del hecho sea consciente de las repercusiones de sus actos y del efecto que el daño causado ha producido a otras personas y a sí mismo<sup>17</sup>.

Entramos ahora en la esfera de la voluntariedad de la víctima a la hora de tomar su decisión respecto a formar parte de un proceso de estas características. Dicha voluntad es esencial en la mediación y por ende es vital que se garantice su seguridad. La decisión de la víctima de participar en un proceso de mediación no puede resultar en una forma de victimización secundaria. Debemos tener en consideración la vertiente psicológica del sujeto, esto es, el impacto emocional padecido por la víctima de un delito, más aún si nos encontramos ante delitos de especial gravedad o sensibilidad como puede ser un delito de carácter sexual (agresión, abuso, violación), donde la situación de tener un encuentro cara a cara con su agresor puede causarle una grave secuela al recordar el acto del que fue víctima, y por ello negarse a mantener dicho encuentro. Asimismo, existen otro tipo de delitos y de víctimas, en los que la simple noción de tener un cara a cara con su agresor puede provocar en la víctima, aún cuando haya aceptado de forma voluntaria su participación en la mediación, una sensación de inseguridad y desprotección que debe ser evitada.

---

<sup>17</sup> ARMENTA DEU, T., “Justicia restaurativa, mediación penal y víctima: vinculación europea y análisis crítico” en *Revista General de Derecho Europeo*, 2018, p.206.

En relación a la manera de garantizar la seguridad personal y emocional de la víctima que vaya a formar parte del proceso, nos encontramos con la vía de la mediación indirecta (Inglaterra) o bien de forma subrogada (Canadá).

La mediación penal indirecta implica que el encuentro se produzca entre el infractor y una persona designada por la víctima, que puede ser un familiar, quien actuará en su representación si bien sólo a nivel presencial. Este tercero designado se encargará de trasladar las palabras, deseos y necesidades de la víctima ante su agresor.

Por otro lado, la forma subrogada implica el encuentro previo al que eventualmente tendrá lugar frente a su agresor, de la víctima bien con otra víctima en situación similar o bien con otro agresor que hubiese cometido un delito de características parecidas.

Otra de las medidas de seguridad consiste en la necesidad de garantizar que la ubicación seleccionada como lugar de encuentro sea segura para la víctima. En relación con este punto, por ejemplo, en Inglaterra el lugar donde se celebra la mediación es siempre un espacio institucional de la Administración de Justicia, tanto un tribunal como una comisaría de policía, cuando la mediación se realiza en momentos previos a una sentencia condenatoria; si ya se estuviese cumpliendo condena, los encuentros se realizarán en prisión.

De acuerdo con todo lo manifestado anteriormente, puede deducirse en relación con la cuestión de si la mediación supone, en todos los casos, la vía más idónea para tratar cualquier tipología de delito cometido, cualquier tipo de agresor o cualquier tipo de víctima, que no puede afirmarse que con dicha vía se haya logrado encontrar el camino indiscutible para solucionar los inherentes defectos del sistema de justicia tradicional. Asimismo, debemos ser conscientes de que no es posible afirmar que el sistema de justicia penal tradicional haya negado a la víctima vías específicas dirigidas a la reparación del daño. En este sentido, el proceso penal prevé la oportunidad de ejercitar la acción civil derivada del delito (junto a la acción penal, o para ejercitarla en un proceso civil posterior), a través de la cual cabe la

posibilidad de solicitar la compensación o reparación por los daños causados. La única diferencia en este sentido es que, mientras se está utilizando el sistema de justicia tradicional, víctima e infractor están enfrentados, y el tipo de reparación o compensación que finalmente se decida no será la consensuada entre estos, sino por un juez a través de la aplicación de la normativa que proceda al caso en cuestión.

A mayor abundamiento, en determinados ordenamientos la ley ya contempla medidas alternativas a la acción penal, o incluso permite la suspensión condicional de la condena, en situaciones en las que el infractor repare o compense el daño causado a la víctima que, además, ya han puesto de manifiesto el efecto rehabilitador en el infractor. De manera que la mediación, como método de justicia restaurativa, tiene en este sentido el único matiz positivo adicional de dotar a las partes de un elemento emocional, inexistente en el sistema de justicia penal tradicional, consistente en la posibilidad de tratar el impacto sufrido por la víctima y de manifestar los motivos que condujeron al infractor a la comisión del delito, así como el arrepentimiento y el perdón.

## **5. Excepciones a la mediación penal**

### 5.1. Prohibición en el ámbito de la violencia de género

No obstante las ventajas que implica la introducción de la mediación en el proceso penal, en los delitos de violencia de género la misma se halla expresamente prohibida por el artículo 44.5 de la *Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género* en los siguientes términos: “*En todos estos casos está vedada la mediación*”.

A continuación analizaremos las dos ideas sobre las que habitualmente se fundamenta la antedicha prohibición:



- por un lado, el argumento de que en los supuestos donde se encuentre presente la violencia, la mediación resulta improcedente y,
- por el otro, el argumento que entiende que al existir una desigualdad entre las partes, la mediación resulta inconveniente.

En relación al primer argumento cabe resaltar que la normativa internacional no ha realizado una limitación acerca de la tipología de delitos en los que es posible aplicar mediación, lo único que ha establecido son particularidades metodológicas. No obstante lo anterior, España no es el único país que prohíbe la mediación en determinados casos (por ejemplo en Portugal se excluyen los delitos sancionados con pena privativa de libertad) pero también es cierto que la mayoría de los Estados no establecen restricciones referidas al tipo de delito sobre el que se puede mediar.

Con respecto al segundo de los argumentos a favor de la prohibición, en el entendido de que la justicia restaurativa desatendiera la protección de la víctima, puesto que un reencuentro con el delincuente podría revictimizarla, al tiempo que se podría repetir la desigualdad de poder existente entre la víctima y el delincuente implica considerar que la víctima, especialmente en delitos graves, no puede situarse en una posición de igualdad en un diálogo con el autor, puesto que ésta sufre en la mayor parte de ocasiones de un estrés postraumático. Así las cosas, entrar a concretar qué se entiende por igualdad, es tan difícil como esencial para que los procesos de justicia restaurativa no posean efectos contraproducentes. La diferencia entre la mediación en el ámbito penal y otros órdenes radica ya en una situación de desigualdad en la experiencia y en la posición ante el derecho de la víctima y del autor del delito.

La pretensión de una exacta igualdad podría llegar a contradecir algunos de los extremos donde existe un cierto acuerdo doctrinal. En este sentido, si la mediación y otras prácticas restaurativas poseen la ventaja para las víctimas de reducir el estrés post-traumático derivado del delito, en particular en los casos en los que éste es grave, ello implica necesariamente que

se deba aceptar la posible presencia del mismo en el proceso restaurativo, siempre y cuando no exista una grave situación de desventaja invalidante de cualquier tipo de diálogo.

Respecto a la concepción del hecho de que la mediación en violencia de género está prohibida, debemos realizar una matización en la medida en que lo que prohíbe la LO 1/2004, es la mediación en la criminalidad derivada de la concepción de violencia de género que la propia ley defiende. Como ha apuntado la doctrina, la Ley no prohíbe el proceso mediador en los delitos de violencia de género después de la fase de instrucción, puesto que la situación del precepto que prohíbe la mediación penal está dirigida al ámbito competencial de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer. Ello lleva a la posibilidad de admitir la mediación penal una vez superada la fase de instrucción.

El instituto de la conformidad, que es utilizado a menudo en la violencia de género, podría suponer un expediente para tener más en consideración los acuerdos reparadores llevados a cabo en procesos restaurativos, en lugar de constituir, como ocurre a día de hoy, una negociación de la pena entre la fiscalía y la defensa con más que discutibles efectos preventivos generales y especiales.

Otro de los momentos en los que puede ser muy apropiada y conveniente la mediación penal y que no se encuentra prohibida en nuestra legislación, es una vez celebrado el juicio oral y recaída una sentencia condenatoria al agresor.

Con la entrada en vigor de la LO 1/2004, el legislador pudo ubicar los primeros episodios de violencia producidos en el ámbito familiar en la jurisdicción civil. A pesar de dicha posibilidad, optó por situarlos en la jurisdicción penal, hecho que pone de manifiesto sin duda el punto de vista de los poderes públicos acerca de la violencia de género en el ámbito familiar.

En el caso de que se optase por la jurisdicción civil, se estaría poniendo el énfasis en la percepción del problema como derivado de una cuestión familiar, en la que el agresor es una persona implicada en dicho conflicto; pero si *a sensu contrario* la concepción es la percepción de los hechos de violencia en el ámbito familiar, sin diferenciación en ningún caso, como constitutivos de delitos o faltas, se sitúa todo en el poder punitivo y corrector del Estado, criminalizando así todo el ámbito de la pareja. Es por ello que los sistemas legales que dejan en manos de la jurisdicción civil la primera intervención, salvo que los hechos estén contemplados en sus normas penales, están aceptando que determinados hechos violentos no merecen la reacción del Estado a través del *ius puniendi*.

Varios Estados, de nuestro más cercano contexto como Inglaterra, Alemania, etc. han reconocido a la jurisdicción civil como la primera de las respuestas para casos leves de violencia de género. En esta línea, nos encontramos con la Ley de protección ante la violencia de la familia de Austria, la cual prevé una intervención integral en la que se contemplan medidas tales como, la posibilidad de adoptar medidas de alejamiento, orden de desalojo del domicilio familiar, etc., todo ello en la jurisdicción civil. Los datos en relación a la experiencia austríaca señalan que mediante las agencias de intervenciones, entes para el acompañamiento e intermediación entre las partes y los servicios sociales, órganos judiciales, etc., se ha verificado que el sistema funciona y que han minorado en un 40% los casos de violencia.

## 5.2. La complejidad de la mediación penal

De acuerdo con todo lo que se ha venido exponiendo a lo largo del presente documento, cabe concluir que la mediación penal es un procedimiento de intervención con carácter complementario al proceso tradicional, que contribuye a conseguir aquellos fines que el sistema penal no logra cumplir.

En España el acogimiento de la mediación penal ha sido singular dado que es complicado engranar el mismo en un sistema como el nuestro en donde la principal característica es la imposición de la pena a través del Estado, que es el exclusivo tenedor del derecho punitivo, implicando por lo tanto la mediación una renuncia a dicho poder.

Asimismo, la doctrina entiende que encontramos otra colisión con el sistema penal actual en relación al derecho a la presunción de inocencia, derecho que se alza como pieza fundamental del proceso penal y que chocaría con la mediación en tanto que para el inicio de este procedimiento se hace necesario el reconocimiento por parte del infractor del delito ejecutado, lo que en consecuencia podría conllevar el infringir el derecho de todo encausado a no declarar y tampoco a declararse culpable.

Por todo ello, se hace manifiesta la complejidad de pretender llevar una estructura propia del proceso penal a la mediación, dado que se encuentran inspirados en principios diferentes. La circunstancia de que uno de los principios elementales de la mediación sea la voluntariedad de las partes (autonomía de la voluntad) debería ser bastante para aprobar una admisión de culpabilidad, dado que es una condición imprescindible para poder dar inicio a la mediación.

La imposibilidad de encontrar una compatibilidad con determinadas garantías procesales es a criterio de una parte de la doctrina la razón de ser de que la mediación se haya utilizado en su vertiente más práctica para una tipología de delitos caracterizada por su menor relevancia, especialmente contra la propiedad, y en casos en los que no se haga uso de la violencia, aunque ello no quita que cada vez más se haya ido extendiendo su uso a delitos de mayor gravedad.

## **6. Conclusiones sobre la mediación penal**

Como se ha expuesto, la mediación penal es un modo complementario de resolución de conflictos:

- tanto al proceso penal propiamente dicho y por ende a la condena que eventualmente pudiera dictar el órgano jurisdiccional en cuestión, en el caso de haberse dirimido el conflicto siguiendo el correspondiente proceso penal.

- así como un elemento que dentro del propio proceso penal se configure como atenuante muy cualificada con los consecuentes efectos de minoración de la pena que se dicte por el juez o tribunal.

Esto es, se trata de una actuación no independiente del proceso penal tradicional sino de una alternativa en el marco del propio proceso por lo que la competencia para decidir si procede dicho método de resolución en el seno de un proceso debe venir de órganos que formen parte de la Administración de Justicia, dado que de otra forma se podrían estar poniendo en peligro los derechos procesales del imputado. Esto es, los únicos competentes para realizar la supervisión de los presupuestos y condicionantes previos a la derivación de un asunto penal deberán ser los jueces o fiscales.

En un Estado de Derecho deberá ser la Ley procesal la que concrete y regule la facultad de decidir la desviación del proceso penal tradicional a la mediación penal, bien al Fiscal o al Juez. debiendo asimismo regularse aspectos tan fundamentales e importantes como:

- la tipología de delitos susceptibles de ser desviados de la vía judicial a la mediación.
- condiciones y presupuestos concretos a tener en consideración con carácter previo a adoptar la antedicha decisión.
- que el ordenamiento jurídico se encuentre informado por el principio de oportunidad.
- que la decisión adoptada esté motivada por el interés público en la reparación del daño a la víctima, su compensación y la rehabilitación del autor del hecho.

Asimismo, se hace igualmente imprescindible que el acuerdo que finalmente se alcance sea proporcional al delito cometido y al daño ocasionado. En determinados supuestos será fácil cuantificar dicha proporcionalidad (ejemplo, daños a bienes) pero sin embargo en otros puede resultar más confuso, como puede ser el caso de lesiones o daños morales. En el caso de que el acuerdo que se alcance tenga por objeto un desembolso económico en concepto de compensación del daño producido, será necesario que exista la certeza de que la prestación económica no sea desproporcionada en relación al delito que ha tenido lugar y en conexión con la sanción que se hubiese dictado en el seno del proceso penal si se hubiera continuado por esa vía. Será sobre el mediador sobre el que recaiga la labor de control antedicha debiendo estar el acuerdo adoptado comprendido en el informe que emita y, en última instancia recayendo en el Fiscal o el Juez, su autorización.

En conclusión, pese a que el proceso de mediación penal esté presidido por una serie de actuaciones que se desarrollan conforme al principio de autonomía de voluntad de las partes intervinientes en el mismo, como por ejemplo el número de encuentros o el contenido de los acuerdos que, en su caso, se alcanzasen, la decisión respecto a la viabilidad del proceso, esto es, su control previo, así como la validez legal de los acuerdos adoptados, control posterior, son facultades exclusivas de los órganos de la Administración de Justicia. Estas actuaciones garantizan el control por parte del Estado, dado que de otra forma estaríamos ante una privatización de la justicia penal, lo cual lejos de constituir un avance en la búsqueda de la justicia sería un retroceso y abandono de lo que conocemos como Estado de Derecho.

## 7. Bibliografía

Para la elaboración del presente trabajo en relación a la mediación penal, se han consultado las siguientes fuentes:

- AGUILERA MORALES, M., “La mediación penal: ¿quimera o realidad?” en *Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid*, 2011.
- ALONSO SALGADO, C., *La mediación en el proceso penal*, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 1ª Edición, 2018.
- ÁLVAREZ SUÁREZ, L., “La mediación penal y su prohibición en supuestos de violencia de género: modelo español” en *publicaciones de la Universidad de Oviedo*, 2019.
- ARMENTA DEU, T., “Justicia restaurativa, mediación penal y víctima: vinculación europea y análisis crítico” en *Revista General de Derecho Europeo*, 2018.
- ARMENTA DEU, T., *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*, PPU, Barcelona, 1991.
- ARANGÜENA FANEGO, C., “La mediación penal en el ámbito de la violencia de género ¿ha llegado el momento para reconsiderar su prohibición tras la aprobación del estatuto de la víctima?” *Artículo doctrinal Universidad de Valladolid*, 2016.
- BARONA VILAR, S., “Mediación penal como pieza del sistema de tutela del siglo XXI. Un paso más hacia la resocialización y la justicia restaurativa, Universidad de Valencia ”, *Revista de Derecho Penal*, 2009.
- BERND-DIETER MEIER, “Restorative Justice-A New Paradigm in Criminal Law?”, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 1998.

- CANO SOLER, A., *La mediación penal*, Navarra, Editorial Aranzadi, 1ª Edición, 2015.
  
- CUADRADO SALINAS, C., “La mediación: ¿una alternativa real al proceso penal?” en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología de la Universidad de Alicante*, 2015.
  
- GARCÍANDÍA GONZÁLEZ, P., *Sobre la mediación penal*, Madrid, Editorial Aranzadi, 1ª Edición, 2012.
  
- GIMENO SENDRA, V., *Manual de Derecho Procesal Penal*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, 2ª Edición, 2018.
  
- GORDILLO SANTANA, L., *La justicia restaurativa y la mediación penal*, Madrid, Editorial Jurídica Iustel, 1ª Edición, 2007.
  
- LIDÓN CORBI, J., “Justicia restaurativa, una justicia para el siglo XXI: potencialidades y retos”, en *Publicaciones de la Universidad de Deusto*, Número 9, 2013.
  
- MARTINEZ SOTO, T., “Mediación penal y su implantación en España: Ámbito de la responsabilidad del menor. Estudio comparativo con Reino Unido”, en *Revista internacional de estudios de Derecho procesal y Arbitraje*, Número 1, 2011.
  
- PÉREZ MANZANO, M., “Culpabilidad y prevención: las teorías de prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena”, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 1990.
  
- RÍOS MARTÍN, J., “Justicia Restaurativa y mediación penal”, en *Revista de la Universidad Pontificia de Comillas*, Número 98, 2016.



- SHAPLAND, J., “Situating Restorative Justice within criminal justice”, Research Article, 2006.

- TAMARIT SUMALLA, J.M., “La justicia restaurativa: concepto, principios, investigación y marco teórico”, en TAMARIT SUMALLA, J.M., La justicia restaurativa: desarrollo y aplicaciones, Comares, Granada, 2012.

- Página web oficial del Consejo General del Poder Judicial.
- Página web oficial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE).
- Base de datos Westlaw.
- Base de datos VLex Global.
- Base de datos laleydigital (Wolters Kluwer).
- Biblioteca de la UNED.