



UNIVERSIDAD DE JAÉN
Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas

Trabajo Fin de Grado

LA MEDIACIÓN EN EL DERECHO PENAL

Marcos Amor Bayona

Mayo, 2016

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN.

2. LA JUSTICIA RESTAURADORA Y LA JUSTICIA RETRIBUTIVA.

2.1. Actualidad del Sistema Penal Español.

2.2. Concepto de Justicia Restauradora.

2.3. La Mediación Penal y la Justicia Restauradora.

3. APLICACIÓN DE LA MEDIACIÓN PENAL.

3.1. Realidad de la Mediación Penal en el actual Sistema Penal Español.

3.2. La Mediación Penal y las Garantías del Proceso.

4. EL ACUERDO DE MEDIACIÓN.

4.1. Alcance y Legalidad de los Acuerdos Adoptados.

4.2. Cuestiones sobre los Acuerdos.

5. CONCLUSIONES.

6. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN.

Uno de los pilares de la organización interna de los actuales Estados Democráticos de Derecho que persiguen la consecución del Estado de bienestar de sus ciudadanos, es alcanzar un sistema legal que proporcione una eficiente y oportuna solución a los conflictos que surgen en la sociedad.

El actual sistema español de Derecho Penal, encuentra sus bases doctrinales en la justicia punitiva, de disposición retributiva y preventiva, planteando como procedimiento general de resolución de conflictos el sistema de una sentencia por cada controversia entre particulares, dando lugar a una masiva imposición de penas y castigos a los sujetos pasivos, esto es, a los infractores, por todo tipo de conductas penales, de menor o mayor entidad y reprochabilidad social.

Consecuencia de esta configuración del sistema, nos encontramos con un modelo basado de forma exclusiva en el castigo del infractor, en el cual se aparta a un lado a la víctima o parte perjudicada, quedando relegada a una actuación meramente testifical dentro del proceso, con el objeto de condenar al presunto culpable de la comisión de los hechos delictivos.

Las críticas y objeciones tanto doctrinales como jurisprudenciales a esta configuración que presenta el Derecho penal han sido constantes en las últimas décadas, llegándose a plantear incluso la tesis de que el sistema penal está en crisis, y es incapaz de adaptarse a los nuevos matices de la evolución de la sociedad. Fruto de esta inadaptación, ha surgido la tendencia de explorar otras vías o formas de resolver las controversias, a través de un cambio en el procedimiento tradicional de resolución de controversias del sistema penal, impulsadas de forma principal por organismos supranacionales como la Unión Europea. Estas nuevas vías son las conocidas como métodos alternativos de resolución de conflictos, entre los cuales, nos encontramos con la mediación en el Derecho Penal, que me propongo explicar en este Trabajo de Fin de Grado.

ABSTRACT.

One of the pillars of the current Democratic States 's internal organization that pursue the achievement of the welfare State of its citizens, is to achieve a legal system that provides an efficient and timely solution to the conflicts that arise in society.

The current Spanish 's criminal law system, finds its doctrinal bases in retributive justice, restorative and preventive provision, establishing a general procedure for dispute resolution system based in a sentence for each dispute between individuals, creating a massive sentencing and penalties to offenders, for all kinds of criminal conduct, despite of its minor or major entity and social blameworthiness.

Due to this system 's configuration, we find a model exclusively based on the punishment of the offender, which departs aside the victim or injured party, relegated for a witness performance in the hole process, with the objective of convicting the offender.

Criticisms have been done by the doctrine as well as the jurisprudence to the configuration presented by the actual criminal law system. This criticism have been constant in recent decades, even reaching to raise the thesis that the penal system is in crisis, and unable to adapt to the new nuances of evolution of society. The result of this mismatch, is a tendency to explore other avenues or ways of resolving disputes through a change in the traditional method within the criminal justice system, driven by the supranational organizations such as the European Union. These new pathways are known as alternative dispute resolution methods, among which we find mediation in criminal law, which one I want to explain in this Final Degree Work.

1. INTRODUCCIÓN.

El objeto de este trabajo de fin de grado consiste en realizar una aproximación a la figura de la mediación aplicada al actual sistema de Derecho penal español para poder clarificar las dudas existentes en cuenta a su configuración como un sistema alternativo de resolución de conflictos entre la víctima de la comisión de una infracción penal, y el autor de dicha infracción; así como valorar la aplicabilidad de la mediación con respecto a los principios y fines que inspiran nuestro derecho penal, la pena y el proceso mismo.

Para la consecución de este objetivo, voy a proceder a realizar un metaanálisis de la bibliografía existente en relación con la aplicación de la mediación al derecho penal, estructurando el trabajo en tres grandes bloques, en cada uno de los cuales, llevaré a cabo una búsqueda y estudio entre los parámetros de Justicia Retributiva, y Justicia Restaurativa en primer lugar; la mediación penal, y las garantías del proceso y principios constitucionales, en segundo lugar; y finalmente, examinaré las cuestiones relacionadas con los acuerdos que nacen del desarrollo de un proceso mediador.

En un primer momento voy a realizar un análisis de los defectos y carencias que presenta actualmente nuestro ordenamiento jurídico, concretamente el Derecho penal; y es que, es una constante en los últimos años, la existencia de estudios y recomendaciones por parte de la doctrina y jurisprudencia, acerca de la necesidad de llevar a cabo una reforma del Derecho penal actual, caracterizado por la influencia de la corriente de pensamiento retribucionista, que configura la Justicia punitiva que hoy en día se aplica en este sistema, el cual se centra de modo exclusivo en la averiguación de los hechos delictivos, dentro de un severo y cerrado marco típico, para la posterior imposición de la consecuencia jurídica, esto es ,la pena. Fruto de esta configuración y corriente de pensamiento seguida en el Derecho penal, nos encontramos con una violencia estatal que se acrecienta progresivamente, debido al contexto social y político, dando lugar a una superpoblación en las cárceles españolas, y al establecimiento de la convicción de que el Derecho penal puede y debe solucionar la mayor parte de las controversias que surgen en la sociedad provocando una tipificación excesiva a su vez.

Frente a esta estructura que presenta el sistema penal, en la primera parte del trabajo voy a presentar y analizar la Justicia restaurativa o restauradora, como solución a las carencias presentadas por este sistema de Derecho penal, para posteriormente hablar de una de las herramientas de esta Justicia restaurativa: la mediación penal, comenzando por una aproximación a los orígenes de esta figura, para posteriormente definir la misma, basándome tanto en autores nacionales e internacionales defensores de la aplicación de la misma a los ordenamientos jurídicos, como en directrices y recomendaciones llevadas a cabo por organismos internacionales, como la Organización de las Naciones Unidas, y la Unión Europea, los cuales, son defensores también de la corriente de pensamiento restaurador, que da lugar a la Justicia restaurativa.

Posteriormente, en un segundo apartado, tras haber establecido los antecedentes y hechos que dan lugar a la problemática actual del Derecho penal español, y la existencia de la mediación penal, como herramienta o mecanismo de la Justicia restaurativa, que puede aportar soluciones en consonancia con los principios inspiradores del Derecho penal a dichos problemas o defectos existentes, voy a hablar de la realidad de la aplicación de la mediación en el ordenamiento jurídico español, y las consecuencias que derivan de la misma. Para ello, estructuraré dicho apartado en dos grandes bloques, el primero dedicado a cómo se configura la mediación actual, y el segundo lo dedicaré a resolver las principales cuestiones que la mediación plantea con respecto a los principios y garantías constitucionales.

En el primer bloque de este segundo apartado, comenzaré comentando la situación actual de la mediación en el Derecho penal español, y las consecuencias jurídicas que la aplicación exitosa de la misma plantea con respecto a la situación del infractor, distinguiendo sus efectos dependiendo de que dicha aplicación de la mediación pueda conllevar una rebaja de la pena del infractor, amparada en la atenuante de reparación del daño o confesión, o que en su caso, pueda dar lugar a una suspensión de la condena o, si nos encontramos en el ámbito penitenciario, pueda acarrear el disfrute de beneficios penitenciarios, tales como la concesión de libertad condicional.

Tras haber analizado las consecuencias que puede provocar la aplicación exitosa de la mediación en el actual sistema de Derecho penal español, pasaré a realizar un análisis detallado de los principios constitucionales y garantías del proceso penal que pueden entrar en conflicto con la aplicación de la mediación, dedicando buena parte del trabajo a resolver uno

de los puntos más conflictivos: el estricto respeto por la presunción de inocencia, como manifestación directa del derecho a la tutela judicial efectiva, a no declararse culpables, y ser tratados como ciudadanos inocentes dentro del proceso penal, hasta que se demuestre lo contrario, todo ello en base al art.24 de la Constitución Española. Junto a este principio de la presunción de inocencia, también hablaré de los principios de voluntariedad, confidencialidad, y flexibilidad, entre otros, los cuales son las máximas que dan cuerpo y forma a esta figura de la mediación dentro del Derecho penal español.

Finalmente, en el último bloque de este Trabajo de fin de grado, me voy a dedicar al estudio del resultado que se persigue con la aplicación de la mediación en el Derecho penal, los acuerdos de mediación. Estos acuerdos de mediación son expresión máxima de la voluntad de la víctima y del autor de la comisión del delito, el infractor; fruto de un proceso de diálogo entre ambas partes, en un plano horizontal, marcado por el respeto y la comunicación gracias a los principios inspiradores de la mediación, surge un acuerdo reparador que quedará plasmado en el acta de reparación que posteriormente se entregará al Juez o Tribunal. Dicho acuerdo es la consecución de los principios que se predicán con respecto a la aplicación de la Justicia restaurativa, y el Derecho penal, a saber, la intervención mínima del derecho penal, marcada por el principio de subsidiariedad, la satisfacción y reparación de la víctima a través de un proceso donde la misma puede expresar sus necesidades e intereses, el reconocimiento de la norma social por el autor de la infracción, y por último, el restablecimiento de la paz social. En este apartado, me dedicaré al estudio, así como a la solución de las cuestiones que se plantean con respecto a los acuerdos y el contenido de los mismos, relacionándolo con los principios y garantías del proceso penal.

2. LA JUSTICIA RESTAURADORA Y LA JUSTICIA RETRIBUTIVA.

En esta parte del trabajo voy a dedicarme a analizar la Justicia Restauradora y la Justicia Retributiva, los caracteres de ambas, su actualidad en el sistema penal, y cómo se relacionan dichas concepciones doctrinales de Justicia con la mediación penal.

Para llevar a cabo dicha tarea, comenzaré con un análisis de la actual configuración del sistema de derecho penal español, indagando en las tesis y bases doctrinales sobre las que el mismo se apoya, y la relación directa de estas a la Justicia Retributiva, destacando los matices característicos de este tipo de configuración doctrinal, y poniendo de relieve las faltas o carencias de este sistema, para acto seguido compararlo en un segundo momento, con la Justicia Restauradora, y la posible aplicación de la misma para subsanar los vicios ocultos en el sistema de derecho penal español. Para ello, comenzaré con una aproximación conceptual y doctrinal a la definición de Justicia Restauradora, para lo cual utilizaré las distintas definiciones existentes otorgadas tanto por autores nacionales e internacionales, como por organismos internacionales, como la Unión Europea, y la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal de las Naciones Unidas.

Seguidamente, tras arrojar un poco de luz sobre el concepto y ámbito de aplicación de la Justicia Restauradora, pasaré a realizar un examen inicial de la figura de la mediación en el derecho penal, como herramienta de la justicia restauradora, utilizada por ésta para la consecución de sus objetivos. De esta manera, comenzaré detallando por un lado, el origen de esta figura de la mediación penal, tan ajena a nuestro entender jurídico; y por otro, el concepto actual de la misma, para posteriormente relacionar esta figura alternativa a la litigiosidad, con la Justicia Restauradora, estableciendo de esta manera la base teórica de mi Trabajo de Fin de Grado, y pudiendo en una segunda parte, realizar un examen más exhaustivo de los problemas que puede presentar esta figura de la mediación en su aplicación al sistema de derecho penal español.

2.1. ACTUALIDAD DEL SISTEMA PENAL ESPAÑOL.

Actualmente nos encontramos con una sociedad, en la que vivimos con la convicción de que todos los problemas y controversias que surjan entre nosotros pueden, y deben de ser resueltos por la aplicación del derecho penal.

Si nos paramos a observar las diversas reformas que ha sufrido el Código Penal español en las últimas décadas, nos daremos cuenta que a través de las mismas, se han introducido numerosas nuevas conductas creando de esta manera numerosos delitos que antes no existían, si bien, estos pueden ser explicados debido a la evolución de la sociedad moderna, que da lugar a nuevas conductas necesarias de tipificación, como pueden ser los delitos cibernéticos, societarios, o tecnológicos, no podemos perder de vista en ningún momento el maremágnum normativo existente actualmente en cuanto a conductas penales¹.

Desde un punto de vista doctrinal y teórico, se predica un derecho penal que debe de estar presidido y gobernado en todo momento por los principios de mínima intervención y el de subsidiariedad, si bien, como ya hemos podido observar, desde un punto de vista real y práctico, la corriente predominante se sitúa en una línea completamente distinta de dichos principios, basándose en la tipificación de forma masiva de conductas. De esta manera, nos encontramos con un Derecho Penal, que se argumenta y construye en torno a los principios de intervención mínima y subsidiariedad, mientras que, tal y como defiende CID MOLINÉ, “*vamos criminalizando cada vez más comportamientos para después tener que idear una desjudicialización que sirva de partida de salida del sistema de Derecho Penal a conductas que no tendrían que haber entrado jamás en él*”².

Una de las razones que justifican que nos encontremos actualmente en esta situación, se debe al contexto social, político y económico en el cual nos encontramos, debiendo de ser analizado el mismo desde una perspectiva criminológica. La sociedad, fruto de la

¹ Con esto, me refiero de manera principal a las numerosas reformas que ha experimentado el Código Penal debido a la inclusión masiva de conductas como delitos, véase como referencia: LO 2/2000 de 7 de enero, en materia de prohibición del desarrollo y el empleo de armas químicas; LO 1/2004 de 28 de diciembre de Medidas para la protección Integral contra la violencia de género; LO 15/2007 de 30 de noviembre en materia de seguridad vial; LO 3/2000 de 11 de enero en materia de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, entre otras.

² CID MOLINÉ, 2008, Art. 2, pp.4

incertidumbre económica, de la crisis demográfica y humanitaria, así como presa del miedo a la comisión de delitos violentos; se encuentra cada vez más inclinada al establecimiento de ideologías más autoritarias, en las cuales las exigencias de orden y seguridad sean la base sobre la cual se organice un Estado determinado³.

Al trasladarse dicha situación al Derecho Penal, y su ámbito de aplicación, nos encontramos con una sociedad que aboga por la criminalización de la mayoría de conductas, y la imposición de penas cada vez más duras y de mayor extensión en el tiempo, dejando de lado y no cuestionando en ningún momento el menoscabo de derechos fundamentales o principios constitucionales, fundamentando sus creencias en la existencia de una máxima de Justicia, y en la mayor eficacia de estas corrientes de actuación; eficacia que en ningún momento ha quedado demostrada, sino más bien todo lo contrario, y es que existen numerosos estudios que defienden, tal y como establece BELTRAN VERDES *“que la sanción penal no disuade en todos los casos, la eficacia del incremento punitivo sólo tiene un resultado seguro: es un generador de más violencia”*⁴

Este es el marco contextual en el cual se desarrolla el sistema penal español, un sistema caracterizado por la ajeneidad y lejanía que presentan los diversos tipos y su configuración, con la realidad de las conductas que se llevan a cabo en la sociedad, fruto de esa sobrecarga normativa que ha tenido lugar a lo largo de los diversos años en el Código penal, que ha traído consigo mayores problemas que soluciones, ya que ha sido desencadenante a su vez de una sobresaturación de los juzgados penales, provocando de esta manera una burocratización de la respuesta del Estado a los ataques a los bienes jurídicos amparados por la protección del derecho penal. Se impone de esta manera la tarea de buscar diversos métodos que permitan que este sistema de derecho penal pueda adaptarse y recupere la confianza de la sociedad. Con base en esto, voy a plantear como la Justicia restaurativa, y más concretamente, la mediación penal, pueden conseguir estos objetivos.

³ Prueba de ello es el crecimiento y auge en los últimos años de los partidos de ultra-derecha en los distintos países Europeos, como consecuencia directa de la actual situación económica de crisis financiera y la incapacidad de los Gobiernos actuales de dar una respuesta rápida y eficaz a los diversos problemas tanto sociales, como políticos que se presentan en sus Estados. Entre estos partidos destacamos El partido de la Libertad de Austria (Austria), con 34 parlamentarios nacionales; la Unión Nacional de Ataque (Bulgaria), con 21 parlamentarios nacionales; el Partido del Progreso (Noruega), con 41 parlamentarios nacionales, entre otros.

⁴ BELTRÁN VERDES, 2009, pp.24 y ss.

Para poder comenzar nuestro análisis de la Justicia Restauradora y Retributiva, debemos de acudir en primer lugar a la norma máxima de nuestro ordenamiento jurídico, la Constitución Española, la cual reconoce una serie de Derechos fundamentales⁵ y garantías jurídicas que van a constituir la barrera inquebrantable del Derecho penal.

A partir del desarrollo doctrinal de estos principios, surge toda la base doctrinal del Derecho penal, en la cual, existe un consenso en que, por una parte, el cometido del Derecho penal es dual, ya que, tal y como establece HIGHTON, ÁLVAREZ Y GREGORIO, *“Por un lado, el Derecho Penal se ocupa de la tutela de los bienes jurídicos y por otro lado, es una herramienta de defensa social”*⁶, dedicada de manera principal al restablecimiento de la paz social a través del reconocimiento por el infractor de la norma. Y por otra parte, la pena que surge como consecuencia de la comisión del hecho delictivo, también posee una doble finalidad, tal y como defiende MIR PUIG *“dirigida en primer lugar a la colectividad, con una finalidad de prevención general o prevención general negativa, en su versión intimidatoria; y en segundo lugar, orientada a la prevención general positiva, dirigida al infractor, para evitar su reincidencia”*⁷

Tras haber pasado por las funciones que siguen tanto el Derecho penal, como la pena en sí, debemos de comprender cuáles son las corrientes de pensamiento que han llegado a influir en el Derecho penal, para ello, acudiremos nuevamente al manual de MIR PUIG *“Derecho penal. Parte General”*, donde se explica cuáles han sido las dos corrientes de pensamientos que predominantemente han influido al Derecho penal moderno, la utilitarista y la retribucionista. En primer lugar, la corriente utilitarista se presenta como una forma de prevención general negativa, en la cual lo importante es que el castigo al infractor por el delito cometido traslade al resto de la sociedad una idea de continencia y prevención de la delincuencia a través del ejemplo y la intimidación. Por su parte la filosofía retribucionista establece que la controversia a la que ha dado lugar la comisión de los hechos delictivos queda zanjada, *“en la medida en que el infractor reciba sanción por la transgresión del tipo penal, compensando a la sociedad por el daño acarreado con ocasión de dicha infracción”*⁸

⁵ Constitución Española de 1978, Título I *“De los Derechos y Deberes Fundamentales”*(Arts.14-29, 30.2)

⁶ HIGHTON, ÁLVAREZ Y GREGORIO, 1998, p. 18.

⁷ MIR PUIG, 2015, pp. 55 y ss

⁸ MIR PUIG, 2015, pp. 60 y ss

Como podemos observar, paradójicamente ambas corrientes plantean para la solución de las controversias unos razonamientos basados precisamente en aquellos comportamientos que quieren evitar. De esta manera, fruto de la aplicación de dichas filosofías al procedimiento penal actual, nos encontramos con un sistema en el cual tanto la víctima como el infractor, van a pasar una serie de padecimientos, fruto de la aplicación de mecanismo de nuestro sistema penal. El infractor, en cuanto a sus acciones, será enjuiciado y penado, para posteriormente ser excluido de la sociedad a través del ingreso en prisión, siendo de esta manera señalado socialmente de por vida; y por su parte, la víctima, será apartada del proceso de enjuiciamiento por los delitos cometidos contra la misma, dando lugar a una sensación de impotencia y marginación, pudiendo en su caso llegar, tal y como defiende CID MOLINÉ *“llegar a una situación en la que fruto de la defensa y protección que el sistema dedica a la víctima, se produzca una revictimización, debido a la inexistencia de espacios para expresar sus deseos, y a la administración de sus intereses de forma no personal”*⁹.

En este punto, debemos de pararnos para poder explicar con mayor claridad expositiva a qué se refiere CID MOLINÉ, cuando habla de que la víctima puede experimentar una revictimización debido a la defensa de sus bienes jurídicos que se le proporciona por parte del sistema de Derecho penal. Esta es una situación que tiene lugar de manera progresiva en cada vez un mayor número de víctimas, que ha dado pie a la conceptualización de la Victimización secundaria, la cual, definimos a partir del estudio realizado por CAROLINA GUTIÉRREZ DE PIÑERES BOTERO, sobre la Victimización secundaria, donde lleva a cabo una labor de análisis sobre los sentimientos y dificultades psicológicas a las cuales debe de enfrentarse la víctima de un delito penal, constituyendo el paso por estas sensaciones el principal hito al cual debe de hacer frente la víctima. Dicha autora, defiende en su estudio la victimización secundaria como: *“una reacción social negativa generada como consecuencia de la victimización primaria, donde la víctima reexperimenta una nueva violación a sus derechos legítimos, cuando las instituciones jurídicas intervienen con el fin de reparar la situación de la víctima”*.¹⁰

⁹ CID MOLINÉ, 2009, Art.11, pp.10 y ss.

¹⁰ GUTIÉRREZ DE PIÑERES BOTERO, 2009 p.4

Tal y como podemos observar y extraer de la definición que la autora nos brinda sobre victimización secundaria, nos encontramos con una situación en la que es el propio sistema de Derecho penal, a través de la aplicación de sus mecanismos de resolución de conflictos, el que crea y provoca que la víctima vuelva a sufrir una situación equiparable a la que sintió y se produjo en un primer momento al ser objeto de la comisión de la infracción penal, repitiendo la traumática experiencia, propiciada por esta actuación del sistema penal. Se presenta ante nosotros un derecho penal, no solamente ineficaz en la búsqueda de soluciones que satisfagan a la víctima del delito, sino que, nada más lejos, se alza como autor de la expropiación del conflicto, dando lugar a un estado de sufrimiento repetitivo de la víctima, la cual padece nuevamente todas las sensaciones en un primer momento soportadas, con el añadido de que sus intereses y pensamientos quedan apartados y marginados dentro del proceso, en base al superior interés del Estado por llevar la dirección del proceso penal.

Analizado el concepto de victimización secundaria, debemos volver a la actualidad del sistema de Derecho penal español, su configuración, y la estructura que presenta con respecto a la Justicia retributiva, fruto del seguimiento de las dos principales corrientes filosóficas que he explicado anteriormente y que han ido influenciando al Derecho penal a lo largo de su desarrollo moderno.

Como he señalado en un primer momento, nos encontramos en una situación de tipificación excesiva, que da lugar a la inclusión de todo tipo de conductas como delitos; muchas de estas conductas, podrían ser corregidas a través de otros mecanismos con una menor rigidez y severidad punitiva, llegando a ser posible y alcanzable esa finalidad de paz social y reconocimiento de las normas, que persigue el Derecho penal. Si bien, tal y como reiteran en su estudio HIGHTON, ÁLVAREZ Y GREGORIO, *“el principio de obligatoriedad de la acción, unido a un aumento de la penalidad, no se incardinan en el resultado de la disuasión, sino en el desbordamiento de las prisiones”*¹¹. Continúan estos autores defendiendo en su estudio la inidoneidad de la aplicación de leyes más estrictas y de medidas de endurecimiento de condenas, con respecto a la consecución de la disuasión a la sociedad en su conjunto, de la realización de conductas delictivas y la consecución de la paz social.

¹¹ HIGHTON, ÁLVAREZ Y GREGORIO, 1998 p.19

Tomando como partida estos argumentos, nos preguntamos si efectivamente, este empleo por parte de la Administración de Justicia, y ulteriormente, del Estado, de la potestad punitiva, debería de llevarse a cabo o contemplarse desde una posición menos severa y más relativa, aceptando de manera básica y como punto de inicio y referencia que no todas las controversias que surjan en nuestro entorno social deben ser resueltas de manera sistemática a través de la aplicación del Derecho penal por su procedimiento sancionador. Sobre esta idea; básica si queremos entender la Justicia restaurativa, existen diversas dificultades que plantean interrogantes sobre la verdadera posibilidad de aplicación de la misma, y es que, nos encontramos con lo que la doctrina ha denominado como *“populismo punitivo”*, entendiendo por este, según palabras de HASSEMER, *“el efecto que ha creado la inseguridad e incertidumbre en la sociedad, dando lugar a un sentimiento generalizado y común de miedo, que ha provocado e incitado la reclamación de mayores castigos”*¹².

Este populismo punitivo, se encuentra detrás de las verdaderas razones que han alentado al legislador en múltiples ocasiones para llevar a cabo múltiples reformas del Código Penal. Según HASSEMER, ese populismo punitivo es la base de lo que se conoce como *“derecho penal simbólico”*, que lo define como esa configuración del Derecho penal orientada de forma exclusiva a dar una respuesta rápida y directa a las reacciones y emociones que presenta la sociedad con respecto a determinadas conductas o hechos delictivos de gran calado social debido a su gravedad (estimulada por los medios de comunicación); que provocan que este Derecho penal, lleve a cabo reformas y reestructuraciones de sus textos legales, con el objeto de tipificar nuevas conductas que han tenido lugar, o para recrudecer el tratamiento de las ya existentes, dando de esta manera una respuesta, más simbólica que sustancial y real a los conflictos que la sociedad clama que se resuelvan de manera ejemplar, siendo éste otro ejemplo patente de las corrientes predominantes en el Derecho penal, debido al contexto en el que nos encontramos.

Podemos constatar en base a ese Derecho penal simbólico defendido por HASSEMER, que nos encontramos en una situación de creación legislativa en la cual no se sigue unos criterios establecidos por la doctrina, jurisprudencia o en su caso expertos en derecho penal, sino que, nada más lejos, la realidad de la configuración del Derecho penal obedece al clamor popular, es la presión ejercida por los grupos sociales, unidos a los medios telemáticos, es decir, los medios de comunicación, los que van a dirigir la acción del legislador en cuanto a

¹² HASSEMER, 1995, pp.22-26

su capacidad de creación normativa y tipificación, dando lugar a una distorsión del Derecho penal, y a que éste se aparte de los principios que en todo momento deberían de estar presentes a la hora de su aplicación, como son el principio de intervención mínima y de subsidiariedad.

Junto a HASSEMER, otro de los autores que defienden que el Derecho penal simbólico es una realidad hoy en nuestros días, es DÍEZ RIPOLLÉS, el cual establece que para el legislador y el Estado, se ha convertido en una prioridad dar una respuesta rápida y directa a las reclamaciones ejercidas por el pueblo, llevando a cabo la solución de dichas reclamaciones sin intermediarios, sin la reflexión normativa propia de la creación legislativa, *“sin la interposición de grupos de expertos de reflexión que estimen los complicados y confusos resultados que estas decisiones provocan en la configuración del Derecho penal.”*¹³. Consecuencia de esta situación, nos vamos a encontrar con un Derecho penal que va a obedecer básica y principalmente a las peticiones irracionales y viscerales del clamor popular alentados por la actuación de los medios de comunicación, y que se va a alejar de una aplicación objetiva basada en los principios que verdaderamente deberían de inspirar el sistema penal de un Estado democrático de Derecho, debido a la inexistencia de expertos doctrinales, jurisprudenciales o jurídicos a la hora de llevar a cabo las reformas del Código Penal, imposibilitando de esta manera, poder entrever las consecuencias y efectos de la imposición a la sociedad de estas nuevas reformas de los textos legales.

Finalmente, tomando como base todo lo expuesto hasta el momento, podemos obtener dos conclusiones generales sobre la actualidad del Derecho Penal en el sistema español. Por una parte, debemos de preguntarnos si efectivamente se está dando una utilización adecuada de la producción normativa de Derecho penal, o si nos encontramos ante un “maremágnum normativo” de leyes penales, que no obedece razones objetivas o jurídicas, sino más bien populares, no presentándose en ningún momento como un resultando empírico de la efectiva reducción de la tasa de criminalidad, ni de la recuperación de la confianza de la sociedad en el Derecho penal. Y por otra parte, debemos de preguntarnos a su vez, si este modelo del Derecho penal español, influenciado por las corrientes retribucionistas y utilitaristas, consigue verdaderamente la consecución de la reinserción social del delincuente, y la satisfacción y reparación del daño a la víctima, o si por el contrario, es necesario una reformulación de este modelo de Derecho penal, acercándose a visiones más restauradoras, en donde se brinda a la

¹³ DÍEZ RIPOLLÉS, 2004, Art.6

víctima la oportunidad de intervenir en la obtención de esa restitución y reparación tan buscada, y al delincuente se le otorga la capacidad de asumir responsabilidades por sus hechos, al mismo tiempo que se alcance el restablecimiento de la paz social y el reconocimiento de la normativa penal por el infractor.

2.2.CONCEPTO DE JUSTICIA RESTAURADORA.

Una vez que conocemos las características de nuestro sistema penal actual, aproximándonos al mismo desde las carencias y defectos que éste presenta, debemos de preguntarnos cómo podemos cambiar esta situación o configuración que presenta actualmente el Derecho penal. Esta pregunta la voy a solucionar exponiendo cómo la Justicia restauradora o restaurativa, y la aplicación de las diversas herramientas que presenta, entre ellas, la mediación penal, pueden llenar los huecos y solucionar las deficiencias que presenta este modelo de Derecho penal. Para ello, debemos de llevar a cabo un acercamiento al concepto de justicia restaurativa, de dónde surge esta concepción, cuál ha sido su paso a lo largo del desarrollo de los diversos sistemas legales y jurídicos, y finalmente, que entendemos por justicia restaurativa.

La primera idea, o raíz del pensamiento asociada a la Justicia restaurativa surge alrededor de los años setenta, en la zonas occidentales de Estados unidos, tal y como defiende el autor HOWARD ZEHR en su libro “*Justice paradigm shift*”¹⁴, en el cual sienta las bases históricas del surgimiento de la justicia restaurativa como solución necesaria ante los múltiples defectos y necesidades que en ese momento histórico tan convulso presentaba la sociedad americana, incapaz de hacer frente a esta situación con la aplicación de los procedimiento establecidos en ese momento en la Administración de Justicia.

A partir de este nacimiento e introducción de unas tímidas nociones de Justicia restauradora, surgen diversos apoyos doctrinales y jurisprudenciales proclives a su aplicación e instauración dentro del procedimiento penal de los Estados democráticos de Derecho, dando lugar a que, la subcomisión de la ONU (Organización de las Naciones Unidas), lleve a cabo un estudio para poder presentar posteriormente un informe ante la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal, del Consejo Económico Social de las Naciones Unidas, “*con arreglo a los dispuesto en las resoluciones 1999/26, de 28 de julio de 1999 y 2000/14, de 27*

¹⁴ HOWARD ZEHR, 1995, pp. 216 y ss.

*de julio de 2000 del Consejo Económico y Social*¹⁵. Con este informe se apremiaba a las Naciones Unidas y a sus grupos de trabajo a que se iniciase un periodo de estudio sobre la Justicia Restaurativa, para la posterior emisión de los principios fundamentales que deben de inspirar a esta clase de justicia, abordándose en todo momento como una añadidura complementaria esencial a las estructuras de administración de justicia de los diversos países, y no como un sistema alternativo destinado a reemplazarlos.

Llevada a cabo esta declaración de idoneidad de aplicación de la Justicia restauradora en los sistemas judiciales de los distintos Estados, comenzó la difusión de los principios que habían dado lugar a esa declaración, produciéndose entonces los primeros estudios doctrinales con mayor exhaustividad, sentando ideas características y notas esenciales de esta Justicia restauradora; entre estos estudios, debemos de citar a autores como HIGHTON ALVÁREZ Y GREGORIO¹⁶, o a CID MOLINÉ¹⁷ entre otros, cuyos estudios e investigaciones han hecho posible que actualmente, la Justicia restauradora se erija como una herramienta más que deseable en el funcionamiento de las Administraciones de Justicia.

Gracias a esta base teórica, jurídica y doctrinal, podemos identificar verdaderamente cuáles son los objetivos y beneficios que persigue y se obtienen con la justicia restaurativa; objetivos y beneficios, que si nos fijamos, son precisamente alguno de los defectos que adolece el sistema penal basado en la justicia retributiva, tales como la satisfacción de la víctima a través de la participación de ésta en el proceso penal de forma proactiva, llegando al restablecimiento de relaciones con el infractor, produciéndose un reconocimiento del daño llevado a cabo por el mismo, e incriminándose en su reparación a través de la existencia de acuerdos con la víctima, todo ello fruto de un proceso de diálogo entre ambas partes.

Una vez que hemos realizado esta aproximación a la justicia restauradora, nos debemos de parar para poder analizar el concepto de la misma, si bien, no obstante, a pesar de haber sido objeto de concienzudos estudios, no existe una definición universalmente reconocida de Justicia restauradora. Por ende, para poder obtener una definición mayoritariamente aceptada de la misma, debemos de acudir a la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal de

¹⁵ Resoluciones del Consejo Económico y Social de la Organización de Naciones Unidas destinadas a la prevención del delito y la consecución de la justicia penal.

¹⁶ HIGHTON ALVÁREZ Y GREGORIO, 1998, pp.24 y ss.

¹⁷ CID MOLINÉ, 2005 pp.145 y ss.

las Naciones Unidas, la cual, no define en sí el concepto de Justicia restaurativa, sino que establece lo que se entiende por Programa de justicia restaurativa, estableciendo que: *“Por Programa de justicia restaurativa, se entiende todo programa que utilice procesos restaurativos e intente lograr resultados restaurativos. Por proceso restaurativo se entiende todo proceso en que la víctima, el delincuente, y otras personas o miembros de la comunidad afectados participen de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas del delito.”*¹⁸

Junto a esta definición, debemos de tener en cuenta la concepción de justicia restaurativa que nos aporta otro de los organismos internacionales más importantes a nivel mundial, como es la Unión Europea, la cual, en el artículo segundo de la Decisión de 8 de octubre de 2002 del Consejo de Europa establece que la justicia restaurativa será considerada como: *“una visión general del proceso de la justicia penal, en la que las necesidades de la víctima se alzan y configuran como el objeto principal del proceso, preponderando de modo positivo la responsabilidad del infractor.”*¹⁹

Para TONY MARSHALL, uno de los mayores paladines que abogan por la implantación de sistemas jurídicos basados en la justicia restaurativa, define a ésta como *“un proceso, en el cual las partes involucradas en el mismo, poseen intereses en dicha situación, y deciden resolver de manera colectiva afrontar las consecuencias de ésta.”*²⁰. Debido a las características que presenta la Justicia restaurativa, he de añadir que la mayoría de las definiciones doctrinales existentes sobre dicha Justicia, son realizadas por parte de autores pertenecientes a la Common Law, los cuales, en base a los caracteres de sus sistemas legales, en contraposición a los sistemas legales basados en los códigos, como el nuestro.

Para JUAN BARALLAT LOPEZ, la justicia restaurativa o reparadora, se basa en el establecimiento de un procedimiento en el cual se busca el restablecimiento de una concreta situación o realidad, alterada o cambiada por el delito cometido por el infractor, a través de la

¹⁸ Resoluciones 1996/26, 2000/14 de la Comisión de Prevención del Delito y justicia Penal, del Consejo Económico social de las Naciones unidas, en materia de prevención del delito y justicia penal.

¹⁹ Artículo 2 de la Decisión de la Unión Europea de 8 de octubre de 2002 del Consejo de Europa.

²⁰ MARSHALL ROSENBERG, 1999, Art. 3, pp.6 y ss.

persecución de dos objetivos clave, la reparación de la víctima y la reconciliación de la misma con el infractor.²¹

Además de estas definiciones que nos proporcionan los diversos autores, he de destacar la que para mí, ha sido proporcionada por una de las mayores estudiosas españolas sobre la Justicia Restaurativa y la mediación en el Derecho penal español, la de la profesora ESTHER PASCUAL RODRÍGUEZ, la cual define la justicia restaurativa como: *“un tipo de justicia, que promueve la reparación del daño ocasionado por el delito, a través de múltiples soluciones dialogadas entre la víctima y el agresor, desplegando una serie de ventajas para ellos, y para la sociedad, fomentando de este modo la pacificación social”*²².

Tomando este concepto como referencia a la hora de conocer qué es la Justicia restaurativa, partimos ahora a un proceso de análisis de una de las herramientas de esta justicia, la mediación en el Derecho penal. Para ello, comenzaré hablando sobre las distintas concepciones tanto doctrinales como jurídicas que se le dan a esta herramienta, para posteriormente examinar el origen de esta figura de la mediación tanto en los ordenamientos jurídicos extranjeros, como en el ordenamiento jurídico español.

2.3. LA MEDIACIÓN PENAL Y LA JUSTICIA RESTAURADORA.

Tal y como he ido adelantando y comentando a lo largo de este trabajo de investigación, la mediación es una de las herramientas fundamentales para la aplicación de la Justicia restauradora; con la mediación en el Derecho penal, se puede llegar a la verdadera consecución de todos los objetivos y principios que rigen el Derecho penal, y la Justicia restauradora, llegando a alcanzar ese ideal que hoy nos parece tan lejano de auténtica resocialización del infractor, y reparación y satisfacción de la víctima, todo ello bajo el marco de un Derecho penal guiado por los principios de subsidiariedad e intervención mínima.

Ahora bien, a la hora de dar un concepto o definición de mediación penal, nos encontramos con que el ordenamiento jurídico español, así como sus textos legales, guardan silencio sobre esta figura, no encontrando en los mismos una auténtica y válida definición

²¹ BARALLAT LÓPEZ, 2013, p. 3

²² PASCUAL RODRÍGUEZ, 2011, pp.29 y ss.

sobre ella; lo mismo ocurre a nivel internacional, y es que, al igual que con el concepto de Justicia restaurativa, no existe una definición universalmente válida para mediación penal, por lo que voy a proceder a la enumeración de diversos textos o cuerpos legales, así como autores, que han procedido a definir dicha figura.

Dicho esto, en primer lugar debemos de tener presente una de las Decisiones Marco del Consejo de la Unión Europea más importantes en el ámbito de aplicación e instauración de la mediación penal en los sistemas y ordenamientos jurídicos pertenecientes a los países de la Unión Europea, esto es, la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea relativa al Estatuto de la Víctima en el proceso penal²³, la cual establece en su artículo primero en el apartado e) la definición de lo que se entiende por mediación penal instaurando que: *“la mediación penal es la búsqueda, antes o durante el proceso penal, de una solución negociada entre la víctima y el autor de la infracción, en la que medie una persona competente”*. Continúa esta Decisión estableciendo en su artículo décimo la importancia de esta figura y de su aplicación, instando a los Estados miembros de la Unión Europea a impulsar la misma en las causas penales, con el objeto de favorecer y potenciar los acuerdos entre la víctima y el infractor, cuando hubiese mediado entre el mismo dicha herramienta.

Una vez que observamos estas direcciones que señala la Unión Europea que debemos de seguir, con una Decisión del año 2001, nos preguntamos entonces, cómo es posible que a día de hoy, una quincena de años después, no exista, en primer lugar, una definición universal de mediación penal, y en segundo lugar, nuestro Estado, no haya tomado apenas en consideración dichas instrucciones proporcionadas por la Unión Europea en esa Decisión. Con respecto a la segunda pregunta, procederé a resolver la misma más adelante cuando hable de la realidad de la mediación penal en el sistema penal español, y en relación a la primera, considero que para poder aclarar la misma, es *condictio sine qua non*, citar a PUY MUÑOZ, el cual resuelve esta misma cuestión argumentando que: *“la mediación se ha estudiado y ejercitado antes de que el legislador la haya regulado, por tanto, no existe una definición universal, sino que, todas las definiciones que existen parten de las concepciones doctrinales de la misma”*²⁴.

²³ Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea, de 15 de marzo de 2001, relativa al Estatuto de la Víctima en el proceso penal. Diario Oficial de las Comunidades Europeas de 22 de marzo de 2001. L82/4, n°2001/220/JAI.

²⁴ PUY MUÑOZ, 2007, pp.24 y ss.

Entonces, siguiendo la realidad expresada por este autor, podemos comprobar cómo es la doctrina, a través de sus estudios y análisis de la mediación, la que va a determinar la definición de mediación. Ahora bien, antes de acudir a las definiciones doctrinales de mediación, se debe indagar más exhaustivamente en lo que representa la mediación para la doctrina en general, cuáles son los aspectos remarcables que hacen esta figura tan atractiva para estos autores, para que así podamos posteriormente comprender el verdadero alcance de las concepciones de mediación por estos autores.

Cuál va a ser el punto de referencia a partir del cual los autores van a comenzar a construir lo que conocemos como mediación es una de las pocas áreas en las cuáles existe un consenso mayoritario, al partir de la consideración de que nos encontramos con un delito como resultado de un ataque a los bienes jurídicos de la víctima perpetrado por el infractor; ambas partes se encuentran en una situación de reconocimiento de las acciones que ha llevado a cabo cada una, y de las causas que han propiciado, acontecido, y han tenido como resultado de la existencia de ese conflicto, dando lugar a la necesidad de buscar una solución que pueda de manera efectiva reparar el conflicto y sus consecuencias. Para poder llevar a cabo dicha búsqueda de soluciones, ambas partes se van a apoyar en un tercero imparcial, denominado mediador, que va a propiciar el diálogo y búsqueda de soluciones entre dichas partes, constituyendo ésta parte la expresión máxima de reconocimiento de Justicia restaurativa, ya que se basa en la búsqueda a través del diálogo entre víctima y agresor de una solución que repare y satisfaga las necesidades que surgen como consecuencia de la comisión del delito, pudiendo la víctima expresar sus intereses y deseos, y siendo éstos escuchados por el infractor, el cual asume su responsabilidad ética, y las consecuencias de sus acciones, centrando su actuación en este caso, en la reinserción social y restablecimiento de la paz social, al participar él mismo en la reparación de la situación que ha creado; constituyendo todo este proceso al mismo tiempo una expresión indudable de la máxima de aplicación de un Derecho penal mínimo.

Ahora que ya entendemos de manera teórica esta mediación, pasamos a dar un concepto de qué se entiende por mediación, apoyándonos en las diversas definiciones existentes en la doctrina.

Según PÉREZ SANZBERRO, *“la mediación constituye una forma de intervención en un conflicto con un método basado en facilitar la comunicación entre las partes enfrentadas que posibilite la adopción de un acuerdo por ellas mismas, ayudadas en este proceso por un mediador que no tiene la capacidad decisoria que tiene un árbitro o un juez”*²⁵.

GORDILLO SANTANA establece que, *“la mediación es un método de resolución de conflictos basado en la existencia de una controversia, de personas que son parte de la misma, y de una tercera persona, que no toma decisiones pero que facilita los acuerdos entre las personas participantes en el conflicto”*²⁶.

La profesora ESTHER PASCUAL, defendía en su estudio, en el cual lleva a cabo un profundo estudio sobre la mediación y su posible aplicación al Derecho penal, que la mediación, y más concretamente, la mediación penal es, *“un proceso voluntario, técnicamente conducido por una tercera persona imparcial y neutral denominada mediador, por virtud del cual, el autor de un delito y quien lo ha sufrido acuerdo a través del diálogo, el modo de reparar material o simbólicamente el daño causado”*²⁷

Junto a estas definiciones de mediación, y mediación aplicada al Derecho penal, he de incluir la llevada a cabo por la Profesora CARMEN CUADRADO SALINAS, la cual, en mi opinión, es la más acertada, al establecer la profesora que *“La mediación penal es un proceso en el que se facilita el encuentro cara a cara entre la víctima de un delito y su agresor, intervenida por un mediador neutral e imparcial, que les permitirá expresar emociones, opiniones y versiones de los motivos y circunstancias en la que se cometió el mismo, el efecto causado y sufrido por la víctima, y en el que ambas partes podrán decidir, de común acuerdo, la mejor forma de reparar el daño causado”*²⁸

Tomando estas definiciones de mediación ya conocemos el alcance de la misma, y los supuestos a los cuales hace referencia de manera genérica, gracias a las definiciones dadas por

²⁵ PÉREZ SANZBERRO, 1999, pp.21 y ss.

²⁶ GORDILLO SANTANA, 2007, pp.181 y ss.

²⁷ PASCUAL RODRÍGUEZ, 2011, pp.54 y ss.

²⁸ CUADRADO SALINAS, 2015, Art.17-01

estos autores, ahora bien, nos preguntamos de dónde surge esta figura relativamente joven y moderna en nuestros sistemas y ordenamientos jurídicos actuales, cuál ha sido su origen.

Curiosamente, la mediación, entendida como procedimiento o mecanismo alternativo de resolución de conflictos, goza de una antigüedad mucho mayor de lo que nos podemos llegar a plantear, y es que, hallamos las raíces de esta figura nada más y nada menos, que en culturas ancianas, y pueblo olvidados, tales como las tribus vikingas, las cuáles resolvían sus controversias internas acudiendo a los ancianos y jefes de las tribus, los cuáles mediaban entre las partes en conflicto, para poder alcanzar un consenso y una solución válida; ejemplo de esto nos lo podemos encontrar incluso, de manera veraz hoy en día, en algunas tribus africanas o indígenas, donde en asambleas que reúnen a toda la tribu o pueblo, un miembro de las mismas plantea un conflicto existente, el cual es resuelto a través de una figura de mediación primitiva, siendo los mediadores los ancianos de la tribu en su caso, buscando soluciones a los problemas o conflictos de forma colaborativa, sin coacciones.

Ahora bien, en el ámbito penal, que es el que nos ocupa, la mediación surge alrededor de los años setenta del siglo XX, en la zona de los países occidentales de Estados Unidos y Canadá, sobre este hecho, existe prácticamente unanimidad en la doctrina en que las primeras experiencias y tomas de contacto del Derecho penal y la mediación, tuvieron lugar en esos ordenamientos jurídicos, fomentados y potenciados por la aplicación en los mismos, de modelos legislativos y jurídicos basados en la Common Law (con especial referencia a Estados Unidos).

Con respecto a los países europeos, la mediación en el ámbito del Derecho penal surge en primer lugar en Gran Bretaña, alrededor de los años ochenta del siglo XX, por un lado, con los denominados “*neighborhood Justice*”, relativos a la aplicación de la figura de la mediación para la resolución de conflictos entre los vecinos adultos, con el objetivo clave de evitar las consecuencias negativas de la judicialización excesiva de conflictos; y por otro lado, con la aplicación de dicha figura a los conflictos surgidos como consecuencia de la intervención de menores en la tesitura de autor de la infracción.

Posteriormente, al constatar el éxito de la aplicación de la Justicia restaurativa a través de esta herramienta de la mediación en el Derecho penal, se fueron sumando progresivamente diversos países europeos, con experiencias pioneras en otras áreas penales, como fueron

Austria en 1980, Bélgica en 1994 con su ley de Mediación Penal, o Alemania en 1985 con sus programas de conciliación víctima-autor²⁹. Éste fenómeno de expansión de la mediación en el Derecho penal fue potenciado su vez, por las múltiples y variadas recomendaciones y declaraciones llevadas a cabo por los organismos internacionales, que, sin ánimo de ser muy exhaustivos sobre esta materia, destacaremos, entre otras, las siguientes:

- Declaración de las Naciones Unidas sobre los principios fundamentales de justicia para víctimas de delitos y del abuso de poder, de 19 de noviembre de 1985, instando a la utilización de mecanismos alternativos de resolución de conflictos, destacando la mediación entre todos ellos.
- Recomendación R (99) del Consejo de ministros del Consejo de Europa relativa a la mediación en materia penal, de 28 de mayo de 1999.
- Declaración del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas de 18 de abril de 2002, Comisión de Prevención del Delito y justicia Penal, sobre principios básico en el uso de programas de Justicia restaurativa en el ámbito penal.

Estas declaraciones y recomendaciones de organismos internacionales, destacando como ya he hecho anteriormente, las llevadas a cabo por la Unión Europea, y sus Estados integrantes, configuran en su generalidad un modelo de mediación en el Derecho penal, inspirado y ordenado principalmente en dos sentidos, en base al momento del proceso en que se lleve a cabo dicha mediación: principalmente, en la fase instructora, el Ministerio Público o Ministerio Fiscal, fundamentando su decisión en el principio de oportunidad, se abstiene de instar la continuación del procedimiento contra el infractor a través del ejercicio del ius puniendi del Estado, decisión, que en base al principio acusatorio, vincula al juez; y por otra parte en la fase de terminación del proceso, o decisoria, la sentencia contempla una atenuación cualificada de la pena que en su caso corresponda al infractor.

En este punto debemos de pararnos para comprender y anticipar de manera muy escueta, las características de la mediación en el sistema de Derecho penal español, y es que, nuestro ordenamiento va a seguir de manera general el segundo sentido existente en Europa en cuanto a los modelos de mediación, en base a la concepción rígida en nuestro Derecho penal del

²⁹ “Programas de Conciliación víctima-autor”, Täter-Opfer-Ausgleich.

principio de legalidad, en contraposición al principio de oportunidad, que es el que va a fundamentar en estos casos la aplicación de la mediación en los otros ordenamientos europeos. Y es que, al encontrarnos con esta configuración del principio de legalidad en nuestro ordenamiento jurídico, tenemos un sistema procesal regido por dicho principio, que establece la obligatoriedad de la incoación de un procedimiento penal ante la sospecha de comisión de cualquier acto o infracción delictiva, sin posibilidad alguna de que en su caso, el Ministerio Fiscal, pueda instar el sobreseimiento de dicho proceso mientras subsistan presupuesto que hayan dado lugar al mismo, y en su caso, exista un infractor o investigado imputado por la causa.

Como contraposición a este principio de legalidad, nos encontramos con el principio de oportunidad, el cual es definido por GIMENO SENDRA, como aquel *“principio inspirador de determinados ordenamientos jurídicos que permite con base al mismo a los titulares de la acción penal, si se cumplen los presupuestos previstos en su caso, a incoar el procedimiento o facilitar su sobreseimiento, con independencia de que se haya acreditado la existencia de un hecho punible contra un autor determinado”*³⁰

Ahora bien, una vez realizada esta aclaración en la que posteriormente a lo largo de este trabajo profundizaré, nos preguntamos dónde y en qué momento se produce el origen de la mediación en el derecho penal en el ordenamiento jurídico español; para conocer la respuesta a tal pregunta deberemos de acudir a los años 1998 y 1999, a las jurisdicciones de Cataluña y Madrid, donde se inician tímidamente los primeros procedimientos mediadores, si bien, no será hasta 2005, en Madrid, cuando se produzca un verdadero compromiso por parte de las instituciones jurídicas a nivel estatal, con el objeto de apoyar y desarrollar la mediación en el derecho penal, siendo respaldadas estas acciones por el Servicio de Planificación y Análisis del Consejo General del Poder Judicial, así como por los Tribunales Superiores de Justicia de las diversas Comunidades Autónomas.³¹ Será a través de esta apuesta innovadora, unida con la incriminación y el apoyo de dichas instituciones, la que definitivamente lanzará la figura de la mediación al mundo del Derecho penal en el Estado español.

³⁰ GIMENO SENDRA, 1993, p. 56.

³¹ Para poder comprender de manera más detallada el proceso de instauración de la mediación en el derecho penal español, véase a este respecto la obra *“Mediación penal y penitenciaria. 10 años de camino”*, Fundación Ágape, Madrid, 2010.



Finalmente como conclusión a esta parte de mi trabajo, y a modo de resumen, podemos observar cómo nuestro actual sistema de Derecho penal, inspirado en el modelo garantista de justicia retributiva, adolece de múltiples carencias y defectos, los cuales podrían ser solucionados de manera potencial por un cambio en dicho modelo, basándose en la aplicación de una de las herramientas de la Justicia restauradora, la mediación en el Derecho penal. Esta figura, está presente a lo largo de la historia de la resolución de conflictos, pero comienza a configurarse como un método de aplicación dentro de los sistemas de derecho moderno a raíz de su progresiva inclusión y desarrollo dentro de Declaraciones y Recomendaciones llevadas a cabo por organismos internacionales, como la ONU o la Unión Europea; erigiéndose como la solución a los problemas que plantean esos sistemas de derecho penal, siguiendo las directrices y principios básicos de los mismos, como son el restablecimiento de la paz social, la reinserción social del infractor, y la satisfacción de la víctima, todo ello, bajo el marco del respecto a los principios y garantías constitucionales del proceso penal.

“Los que se dedican a la práctica sin la ciencia, son como los marinos sin brújula ni timón, y nunca saben decir con certeza hacia dónde van. La práctica debe fundarse siempre en una sólida teoría”

Leonardo Da Vinci

3. APLICACIÓN DE LA MEDIACIÓN PENAL.

Una vez que he expuesto y analizado los principales defectos de la configuración actual del sistema de Derecho penal español, y he introducido el concepto de Justicia restauradora o restaurativa, los beneficios de esta y su potencial aplicación a través de la mediación, concretamente aplicada al Derecho penal, en esta parte del trabajo voy a dedicarme al estudio de cómo llevar a cabo dicha aplicación, revelando la existencia y relación de mediación penal con el actual sistema de Derecho penal español, y las consecuencias que hoy en día tiene su aplicación con respecto al infractor y al proceso penal, destacando posteriormente uno de los apartados más conflictivos de la mediación y su aplicación, que es el respeto a las garantías del proceso y a las garantías del acusado, destacando entre todos ellos, el respeto al derecho de presunción de inocencia.

De esta manera, en primer lugar voy a abordar la temática de los métodos actuales en los cuales se produce una mediación, distinguiendo entre todos ellos los efectos que produce su aplicación con respecto al infractor, ya sea, una rebaja de la pena, o la asunción de determinadas medidas dentro de la fase del proceso dedicada a la ejecución de la condena. Posteriormente, hablaré de forma resumida de cómo se lleva a cabo actualmente un proceso de mediación dentro de la estructura de Derecho español, destacando sus principales pasos que de forma genérica se siguen en la mayoría de etapas dentro del proceso penal.

Tras este apartado dedicado a la realidad de la mediación penal en el actual sistema de derecho penal español, pasaré a dilucidar una de las cuestiones más controvertidas y conflictivas dentro de la aplicación de la mediación al derecho penal, y esto es, el respeto a las garantías del proceso, pasando por un análisis de los diversos principios más relevantes, tales

como, el derecho de presunción de inocencia, el de voluntariedad, el de confidencialidad, el de oficialidad, el de neutralidad y por último flexibilidad de la mediación penal en relación al proceso penal, para poder dirimir así las posibles controversias teóricas y constitucionales que en su caso pudiesen surgir.

3.1. REALIDAD DE LA MEDIACIÓN PENAL EN EL ACTUAL SISTEMA PENAL ESPAÑOL.

Como ya he comentado a lo largo de este trabajo, no existe en el derecho penal español una regulación específica de la mediación penal, ya que los textos legales, tanto el Código Penal, como La Ley de Enjuiciamiento Criminal, guardan silencio sobre esta materia, y no la contemplan de manera particular, si bien, ambos textos, y principalmente, el Código Penal, contienen diversas consecuencias penológicas de determinados aspectos derivados de la mediación, aplicables al proceso penal, como resultado de la exitosa aplicación de la mediación en el mismo distinguiendo entre su aplicación durante el proceso principal, durante la ejecución de la condena, o en su caso, como una vertiente positiva aplicada al ámbito penitenciario. Estas consecuencias van a constituir la configuración que actualmente se le da a la mediación dentro del Derecho penal español, y entre ellas podemos encontrar la siguiente exposición:

- De manera principal, tenemos que la mediación en el Derecho penal se presenta como una circunstancia modificativa de la responsabilidad penal por el delito cometido por el infractor, en su vertiente de atenuante, en base o bien al art.21.5 del Código penal³², por la reparación del daño a la víctima, o bien con base al apartado cuarto del mismo artículo³³, en función de la atenuante de confesión por parte del autor de los hechos delictivos. La aplicación de la mediación tiene por tanto, de forma genérica, como resultado, la aplicación de una de estas dos atenuantes de la responsabilidad criminal del autor del hecho delictivo, pudiendo ser la misma considerada por el Juez o Tribunal simple o muy cualificada, acudiendo en este momento al art.66 del Código Penal, el cual regula las reglas de aplicación de la pena según la existencia de

³² Art.21.5 Código Penal: “Son circunstancias atenuantes..., La de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto de juicio oral.

³³ Art.21.4 Código Penal: “Son circunstancias atenuantes..., La de haber procedido el culpable, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él, a confesar la infracción a las autoridades”

circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, para imponer la pena en su mínima extensión o para aplicar la pena inferior en uno o dos grados, respectivamente.

- Por otra parte, la aplicación de la mediación penal en el actual sistema español, puede llevarse a cabo en el ámbito o campo de la ejecución de la pena. La mediación en este aspecto o ámbito sirve al Juez o Tribunal como un referente para poder calificar la peligrosidad del autor que ha llevado a cabo la comisión de los hechos delictivos, pudiendo en su caso valorar tanto las circunstancias personales como contextuales que han dado lugar a que se produzca la situación de conflicto con la víctima, valorando a su vez la existencia de reparación de las posibles consecuencias y efectos negativos del delito. Esta valoración, se lleva a cabo a través del acuerdo que surge de la aplicación de la mediación entre víctima y agresor, pudiendo acordar el Tribunal, tras una valoración objetiva de todos los aspectos del proceso y las circunstancias existentes en el mismo, la idoneidad y posterior concesión de la suspensión de la pena privativa de libertad que en su caso correspondiese imponer al infractor, tomando como base para la concesión de este estatus, el cumplimiento del acuerdo de mediación suscrito entre las partes en conflicto, siendo la expresión máxima de reparación de los daños existentes entre las partes en controversia, al haberse alcanzado a través de un diálogo voluntario y libre por las mismas.
- Finalmente, la última configuración de las consecuencias que presenta la mediación penal en el actual sistema de derecho penal español, despliega sus efectos en el ámbito penitenciario, y más concretamente, en la concesión de beneficios a los reclusos. En este entorno penitenciario, nos encontramos con que existen las denominadas “Tablas de variables de riesgo”, las cuales están en posesión de las Juntas de tratamiento de los Centros Penitenciarios, y son utilizadas por los mismos para poder proceder a una valoración de la posibilidad de concesión de beneficios varios a los reclusos dentro del sistema penitenciario, tales como permisos, el tercer grado dentro de dicho sistema, o en su caso, la libertad condicional. Es en la valoración de estas circunstancias de peligrosidad, de responsabilidad del autor por la infracción cometida, donde entra en juego las consecuencias de la aplicación de la mediación en estos casos, ya que en base a los arts.72.5 de la LOGP³⁴, y 91.2 del Código Penal³⁵, son necesarios para la

³⁴ Art.72.5 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria: “La clasificación o progresión al tercer grado de tratamiento requerirá, además de los requisitos previstos por el Código Penal,

consecución de estos beneficios, el cumplimiento de una serie de requisitos, tales como la reparación a la víctima, requisitos que quedan totalmente satisfechos si se parte de una aplicación exitosa de la mediación penal en el delito que en su caso hubiese cometido el sujeto que se encuentra en el sistema penitenciario.

Una vez descritas las principales consecuencias derivadas de una exitosa aplicación de esta figura de la mediación penal en nuestro actual sistema de Derecho penal, voy a plantear de forma genérica, sin ánimo de ser exhaustivo, cómo se lleva a cabo una mediación, para que podamos comprender los pasos que se siguen, y cómo puede en su caso afectar al proceso y plantear las consecuencias que he descrito anteriormente.

En un primer momento, basándonos en los códigos y protocolos que nos establecen los pasos a seguir de forma genérica en una mediación, pues recordemos, que tal y como ha reiterado la doctrina en numerosas ocasiones, la mediación en el ámbito penal, surge de la puesta en práctica de los ideales teóricos existentes, por lo que no podemos acudir a ningún texto legal que nos indique de manera precisa las fases o etapas a seguir en el desarrollo de una mediación, sino que dicha aplicación resulta del seguimiento de los principios teóricos y doctrinales de la mediación, así como de las anteriores prácticas llevadas a cabo en nuestro ordenamiento y en otros ordenamientos extranjeros. De esta manera, actualmente, en nuestro sistema de derecho penal, la mediación da comienzo con la derivación de las actuaciones a la misma en base a la idoneidad del caso para su resolución por esta figura; en primer lugar se ofrece la posibilidad de acudir a la mediación a los infractores y posteriormente a las víctimas o partes perjudicadas, quienes deben de dar un consentimiento libre, voluntario e informado de que efectivamente quieren someterse al procedimiento de mediación. De ser afirmativa la respuesta de ambas partes de la controversia, se remiten los documentos necesarios al equipo mediador en su caso, para que el mediador se entreviste en privado, en una primera toma de contacto, con el infractor, o la persona denunciada, para que éste le traslade la narración de los hechos que dieron lugar a dicha situación y las circunstancias o contexto que la propició. En segundo lugar, el mediador se entrevistará con la víctima o persona perjudicada, para conocer su parte dentro del desarrollo causal de la controversia, así como para poder conocer de

que el penado haya satisfecho la responsabilidad civil del delito (...), reparar el daño de los perjuicios materiales y morales...

³⁵ Art.91.2 Código Penal: “Esta medida requerirá que el penado (...) acredite la participación efectiva y favorable en programas de reparación a las víctimas...”

manera precisa el alcance de las consecuencias que los hechos dañosos producidos han dado lugar en la persona de la víctima.

Una vez que el mediador haya recabado esta información y haya tratado de entablar los inicios de la mediación entre ambas partes, y se darán cita las mismas junto con el mediador para llevar a cabo las sesiones conjuntas de la mediación, en las cuales se propiciará un diálogo entre las partes, dirigido por el mediador, dando a conocer de esta manera, y trasladando a la otra parte, todos los hechos y circunstancias que dieron lugar al nacimiento de la controversia, así como las consecuencias, tanto fácticas como emocionales que se han producido por la comisión de dichos hechos. A través de esta diálogo, se indaga en la manera más propensa y adecuada de reparación del daño causado, ya que la víctima puede manifestar libremente sus necesidades e intereses, y el infractor puede comprender el verdadero alcance de sus hechos, y comprender las consecuencias de los mismos, dentro de un marco de diálogo entre personas iguales, buscando la obtención de un acuerdo beneficioso para ambos, que consiga tanto la satisfacción de la víctima, como el reconocimiento de la norma y de los hechos por parte del infractor. En caso de que la mediación sea exitosa, tendremos como resultado un acuerdo elaborado por las partes a través de esas sesiones de diálogo y comunicación, el cual se firmará por ellas y se remitirá al juzgado, junto con un informe elaborado por el mediador, en el cual se indicará si la mediación ha sido exitosa o no, incluyendo determinados aspectos de la misma, pero sin entrar nunca a valorar su contenido material. Una vez que se entreguen estas actuaciones y documentos al Juez, junto con el acuerdo, el mismo llevará a cabo las resoluciones oportunas para su ratificación, pudiendo, según la parte del proceso en la cual nos encontremos, y que he hablado anteriormente, dictar una sentencia de conformidad con una rebaja en la pena, simple o cualificada, o dictar un auto de suspensión o sustitución de la pena.

Como podemos observar, el desarrollo de un proceso de mediación puede parecer a primera vista sencillo, si lo comparamos con el complicado y complejo avance de un proceso judicial, si bien, dentro de este proceso, surgen múltiples dudas y cuestiones relacionadas de manera fundamental y básica con los principios y garantías reconocidas en el proceso penal; en base a estas, voy a proceder en el siguiente punto a realizar un análisis de las controversias más destacables como consecuencia de la aplicación de la mediación en el proceso penal.

3.2. LA MEDIACIÓN PENAL Y LAS GARANTÍAS DEL PROCESO.

Tal y como ya he adelantado anteriormente, voy a proceder a realizar un análisis de los diversos principios y garantías constitucionales que pueden entrar en conflicto con la aplicación de la mediación en el sistema de Derecho penal español; y es que, existe unanimidad en la doctrina, a la hora de establecer que la mediación penal se introduce dentro del proceso penal, por lo que la entendemos como un mecanismo o herramienta, que en ningún momento puede suponer una merma, o dar pie a comprometer el sistema de principios y garantías que el proceso penal incorpora con respecto a los derechos que asisten a aquellas personas perseguidas criminalmente dentro del marco del proceso en un Estado democrático de Derecho. Esos principios informadores del sistema penal, van a derivarse principalmente de la aplicación y respeto de los derechos fundamentales y las garantías del proceso, recogidos en nuestra Constitución, teniendo como principal el artículo 24.³⁶, y el posterior desarrollo constitucional del mismo. De esta manera, procedemos a analizar los principios y garantías más destacables con respecto a la mediación en el ámbito penal:

- **La Presunción de Inocencia.**

Este se configura como el principio básico en cuanto a la aplicación de la mediación en el sistema de Derecho penal, y es que, el principio de presunción de inocencia es uno de los cimientos de los Estados democráticos de Derecho, y de sus ordenamientos jurídicos, ya que, tal y como defendía MONTESQUIEU, en “El espíritu de las leyes”, “*Cuando la inocencia de los ciudadanos no está asegurada, tampoco lo está su libertad*”. Partiendo de esta máxima, vemos como los procesos penales de los Estados de Derecho se configuran en base al respeto a la presunción de inocencia como garantía de justicia dentro de los mismos, ya que aquel ciudadano o individuo que sea objeto de la llevanza de un proceso penal contra el mismo, debe de poseer la certeza y la seguridad de que va a ser tratado como un ciudadano inocente por la jurisdicción y el sistema penal del Estado. Para poder conseguir la consecución de este principio dentro de la mediación penal, debemos de establecer una serie de garantías que

³⁶ Art.24 Constitución Española de 1978: “1. Todas las personas tiene derecho a obtener la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que pueda producirse indefensión. 2. Todos tienen derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismo, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.

deben de ser a su vez consideradas para llegar a un efectivo cumplimiento del principio de presunción de inocencia:

- Confidencialidad con respecto al desarrollo de la mediación.

Posteriormente hablaré de manera más detallada de la confidencialidad con respecto a la mediación, pues consiste en uno de los principios más importantes de la misma, en este apartado, voy a hablar de la relación existente entre la confidencialidad y la presunción de inocencia. Y es que, la confidencialidad de las sesiones y del proceso de mediación debe de estar expresamente recogida en los documentos que recaban el consentimiento de ambas partes para derivar el proceso penal a la figura de la mediación penal. A través de estos documentos, se establece el compromiso no sólo de la víctima, sino de todos los intervinientes en su caso en el proceso mediador, de no dar uso a los datos, hechos o documentos que hayan podido salir a la luz durante el transcurso de la mediación, como consecuencia del transcurso de la misma.

A través de este principio, nos aseguramos que el infractor y la víctima puedan llevar a cabo el proceso de mediación de la forma más cercana y sincera posible, dando a conocer las circunstancias y los hechos que efectivamente tuvieron lugar acerca del conflicto existente, sin el temor, más que fundado, de que posteriormente sea utilizada dicha información a favor de una de las partes. Ahora bien, un problema que puede derivar de la mediación, y de su desarrollo, es que el infractor en su caso, puede reconocer y revelar la comisión de los hechos delictivos, ante la víctima y el mediador, y posteriormente, de manera desafortunada, la mediación puede no terminar en acuerdo. En este caso, tenemos la situación de que el infractor ha reconocido que efectivamente ha llevado a cabo los hechos de los que se le acusan, si bien, al hacerlo dentro de la mediación, dichas declaraciones están protegidas por la confidencialidad, por lo que, no podría ser utilizado por la víctima ese reconocimiento de hechos que se llevo a cabo durante las sesiones de mediación, y el Juez o Tribunal en su caso, no debería permitir en ningún momento dejar a la víctima hablar o comentar dichas sesiones, limitándose únicamente a la narración de los hechos que efectivamente sufrió. En esta situación, se deben de atender de forma exclusiva a los principios que configuran la prueba válida en el proceso penal, para confirmar la narración acusatoria y las hipótesis o presunciones existentes en el proceso, en base a los medios probatorios presentados y admitidos, necesarios para poder superar la barrera de la presunción de inocencia; no

pudiendo aceptar de ninguna manera, aquellos medios, documentos o informaciones derivadas del proceso mediador, ya que en caso contrario, supondría la inobservancia e incumplimiento del principio de presunción de inocencia. Esta información relativa a la confidencialidad de las sesiones de mediación, debe de ser trasladada de forma fehaciente a ambas partes antes de comenzar el proceso de mediación, sobre todo al infractor, ya que de no ser así, se desincentivaría la decisión de acudir a la mediación penal, con fundamento y base en la posible conclusión de la mediación sin acuerdo, pudiendo utilizar alguna de las partes la información relevada en dicho proceso.

- El mediador no puede participar en el proceso penal.

Fruto de las características de la mediación, el mediador en ningún caso podrá ser partícipe dentro del proceso penal, en caso de que la mediación no haya alcanzado acuerdo, como prueba testifical propuesta por una de las partes, a no ser que sea para explicar el alcance del acuerdo suscrito por ambas partes. El mediador está amparado por el secreto profesional, se encuentra dispensado de declarar sobre todo lo relacionado con la información conocida con motivo de su oficio, al igual que el abogado (art.416.2 LECrim). Este principio se encuentra directamente relacionado con el anterior de la confidencialidad, puesto que ambos suponen en sí la consecución de la presunción de inocencia para el infractor.

- El Juez solo debe conocer el acta del acuerdo.

El Juez no puede conocer en ningún momento el contenido de la mediación durante el desarrollo de sus sesiones, para poder evitar la contaminación del mismo. Fruto de esta garantía, surge la obligación y exigencia de que dentro de los acuerdos que se remiten al Juez o Tribunal, una vez finalizada la mediación, no se establece el reconocimiento del infractor de los hechos, sino que, de manera exclusiva, se habla de si se ha llegado a un acuerdo durante las etapas de la mediación y cuál es el contenido y extremos de dicho acuerdo. La razón de esta garantía, y su relación a la presunción de inocencia, la explica PÉREZ SANBERRO, estableciendo que: *“Podría pensarse que la mediación no supone actividad probatoria, pero haberla iniciado puede constituir una conducta procesal externa y objetiva, que los jueces deben de evitar entrar a valorar”*³⁷.

³⁷ PÉREZ SANBERRO, 1999, p.360 y ss.

Continúa este autor defendiendo que la decisión de participar en el proceso de mediación no puede utilizarse como un indicio o presunción de la realización del hecho delictivo por parte del presunto autor, bajo el razonamiento de: “si no fuera culpable, no tendría nada que reparar”. La participación del infractor en este proceso no puede suponer en sí su reconocimiento de los hechos, y en el caso de que pudiéramos aceptar dicha afirmación, tendríamos que tener en cuenta que no se podrían concretar ni los elementos del tipo, ni la culpabilidad ni el grado de participación o responsabilidad en dichos hechos, por tanto, continúa este autor diciendo que: *“asumir voluntariamente la reparación a la víctima no tiene por qué implicar aceptar la acusación del fiscal en todos sus extremos, o incluso en ninguno”*³⁸

Finalmente, para poder terminar este apartado dedicado al respeto por parte de la mediación penal al principio de presunción de inocencia, pasando por la observancia de tres garantías básicas, voy a proceder a citar lo manifestado por dos de los autores más destacados en el estudio de este ámbito de la mediación y el respeto a los principios procesales, que ya he citado en diversas ocasiones, pero que resumen perfectamente este tema afirmando que: *“la presunción de inocencia no es más que una manifestación del más amplio derecho a la tutela judicial efectiva y éste no se vulnera cuando voluntariamente se acepta participar en el proceso de mediación”*³⁹

▪ Principio de voluntad. La voluntariedad.

La voluntariedad es uno de los principios clave que deben de estar presentes a lo largo del desarrollo de todo el proceso de mediación, desde su comienzo hasta la conclusión del mismo. Como he desarrollado anteriormente explicando las etapas o el proceso por el cual se lleva a cabo un proceso de mediación, vemos que uno de los primeros apartados es la información a ambas partes de las características de la mediación y las consecuencias que se pueden derivar de la misma, sometiendo a su voluntad libre, la decisión de acudir a la misma, cuya negativa no será considerada de forma perjudicial en ningún caso. Ambas partes deben de decidir querer participar en ese proceso de mediación, puesto que, tal y como establece GORDILLO SANTANA, *“precisamente el éxito de la mediación y la posibilidad de aplicación de ésta,*

³⁸ PÉREZ SANBERRO, 1999, p.381

³⁹ PÉREZ SANBERRO, 1999, p.172; GORDILLO SANTANA, 2007, p.199

radica en la libertad autonomía y voluntad de las partes para intentar llevar a una solución dialogada. Sólo así podrá darse la garantía de que el acuerdo que se alcanza sea efectivamente cumplido.”⁴⁰. Es a través de la voluntad de las partes, cuando se consigue un verdadero compromiso de las mismas, ya que nos encontramos con un acuerdo que se alcanza a través de un diálogo voluntario, dentro de un proceso llevado a cabo por el concurso de la voluntad de ambas partes, poseyendo ambas el dominio completo de la situación de desarrollo del proceso, ya que conservan el dominio de su presencia y su voluntad de participar en el proceso de mediación.

Por tanto, al iniciar el proceso de mediación, debe de informarse a las partes en todo momento de las garantías y extremos que afectan a las mismas, de manera que la disposición de participación de estas personas, sea totalmente voluntaria, no estando afectada por ningún factor externo, debiendo a su vez las partes, ser informadas del derecho de ambas a abandonar y salir del proceso de mediación en cualquier momento por decisión propia, sin ningún tipo de negativas o perjuicios.

Ahora bien, en relación con la negativa a someterse a un procedimiento de mediación, debemos de aclarar y precisar de que existe un riesgo de ver negativamente dicha actuación, constituyendo una vulneración al principio de culpabilidad, y es que, tal y como defiende DEL MORAL GARCÍA, *“la no participación en la conformidad, de hecho, puede suponer de forma muy sutil, una agravación en forma de valoración negativa que se traduzca en un incremento del reproche punitivo”*⁴¹. Esta consecuencia existente en la figura de la conformidad dentro del derecho penal, no podemos permitir que sea aplicada a su vez en la mediación por el no ejercicio de la misma o en su caso, su abandono, ya que estas situaciones no pueden ser tenidas en cuenta para la individualización de la pena, tal y como aclara el Tribunal Supremo, en relación a la vulneración del derecho a no declararse culpable, argumentando que: *“no se puede basar la pena impuesta en el ejercicio de los derechos fundamentales a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable”*⁴²

⁴⁰ GORDILLO SANTANA, 2007, pp.204 y ss.

⁴¹ DEL MORAL GARCÍA, 2008, pp.382 y ss.

⁴² STS 75/2007, de 16 de abril.

- **Principio de confidencialidad.**

La confidencialidad es una de las piedras angulares sobre la cual se construye la mediación, constituyendo una de las características más importantes y que define en sí el proceso de mediación, puesto que este principio se va a conectar de manera directa con todos los demás, tal y como he explicado anteriormente, como por ejemplo, el principio de presunción de inocencia. La confidencialidad se extiende desde el comienzo del proceso de mediación, hasta el final de esta, a través del acta de acuerdo, si es alcanzado, o en su caso, por no tener éxito esta.

Dicha característica de confidencialidad se extiende tanto al desarrollo de la mediación, como a lo manifestado en ella, y los documentos aportados en razón de la misma. Uno de los aspectos más destacados de la confidencialidad es su aplicación con respecto a la presencia en las sesiones de mediación de los letrados y familiares tanto del infractor como de la víctima. Esta presencia no está permitida en un primer momento, a no ser que dichas personas tengan un papel necesario en cuanto al desarrollo de la mediación, debido a que, la presencia de las mismas puede crear un desequilibrio de poder que modifique la formación de la capacidad de decisión de las partes, al alterar la autonomía de cada una de estas partes que estarán influidas, pudiendo ser utilizado ese desequilibrio por una de las partes a su favor, decantando de esta manera el resultado de la mediación, debido a la intervención de terceras personas.

Sobre este punto, quiero detenerme para poder aclarar con mayor precisión la posición de los letrados dentro del proceso de mediación, y es que la labor de los letrados es vital en cuanto a una labor de asistencia y de información a sus respectivos clientes, a la hora de someterse al procedimiento de mediación, así como para posteriormente al concluir las sesiones de mediación.

La asistencia de letrado es una de las garantías clave del proceso penal dentro de un Estado democrático de derecho, y está incluido en la Constitución, en su art.24.2. Ahora bien, dentro de las sesiones de mediación, en las cuales se lleva a cabo un proceso de comunicación de igual a igual, en un plano horizontal, para que a través del diálogo entre ambos, se pueda acortar la separación existente en base a los hechos ocurridos, y pueda procederse a buscarse opciones en beneficio mutuo, gracias al bagaje llevado a cabo por el mediador. Dentro de este

marco de diálogo erigido en un plano de igualdad horizontal, los letrados no pueden entrar de manera fácil, ya que tienden a asumir todo el protagonismo a la hora de tomar decisiones, dirigiendo además la conversación hacia temas jurídicos, complicando y dificultando alcanzar cualquier tipo de acuerdo; debemos de recordar que el abogado es un profesional dedicado a la gestión de los intereses de su clientes, llevando a cabo dicha tarea asumiendo por completo el papel de la negociación, algo que queremos evitar en una mediación, puesto que el acuerdo alcanzado no sería verdaderamente fruto de la voluntad de las partes en conflicto.

▪ **Principio de neutralidad.**

Para que el proceso de diálogo pueda llevarse a cabo de forma que del mismo pueda obtenerse un acuerdo para que posteriormente éste sea cumplido, es necesario que exista un equilibrio entre las partes para poder buscar dichas soluciones. Buscar y mantener dicho equilibrio va a ser el objetivo del mediador, y para poder llevar a cabo esta tarea, es necesario que los mediadores no se decanten por el lado de ninguna de las partes que intervienen en el proceso mediador, deben de ser neutrales, interviniendo en su caso para corregir un posible desequilibrio existente entre dichas partes durante el diálogo.

Es esta actitud y característica de los mediadores, la que, según palabras de GUILLERMO PORTELA, *“legitima al mediador y le dota de prestigio y crédito suficientes ante las partes para dirigir el proceso, interviniendo para corregir las eventuales inestabilidades e inseguridades, supervisar su desarrollo y realizar su tarea mediadora”*⁴³ Continúa el autor que la neutralidad del mediador va a erigirse como la llave que configure la posibilidad de llegar a un acuerdo dentro de posición horizontales de equilibrio, acortando las diferencias existentes entre las partes. Finalmente, como dicen HIGHTON, ÁLVAREZ y GREGORIO, *“la neutralidad alude a la relación directa entre el mediador y las partes tratándolas en forma equidistante y sin favoritismos”*.⁴⁴

⁴³ GUILLERMO PORTELA, 2007, p.220

⁴⁴ HIGHTON, ÁLVAREZ y GREGORIO, 1998, p. 70

- **Principio de flexibilidad.**

Derivado de la propia naturaleza de la mediación, tenemos el principio de flexibilidad, que constituye una de las principales diferencias del proceso de mediación con el procedimiento convencional judicial seguido en el ordenamiento jurídico español. Y es que, a través del uso de la mediación podemos llevar a cabo procedimientos más asequibles a las necesidades de las partes, puesto que los plazos para llevar a cabo la mediación, así como la disponibilidad de la misma, pueden adecuarse a sus necesidades, alargando o recortando los plazos, en función de las circunstancias y el contexto que rodee el caso.

La mediación se muestra compatible en este sentido con uno de los principios que inspiran el proceso y garantizan a su vez la tutela judicial efectiva recogida en el art.24 de la Constitución, es decir, la garantía de que el proceso penal, se lleve a cabo en un plazo razonable, sin dilaciones indebidas.

Una vez que hemos llevado a cabo este proceso de análisis de los principios y garantías constitucionales en relación de manera principal con la aplicación de la mediación en el Derecho penal español, conocemos las cuestiones procesales que pueden surgir una vez que decidamos llevar a cabo la misma. Del mismo modo, hemos podido comprender en el primer apartado de este punto, cómo se configura la mediación en el actual sistema de Derecho penal español, junto con las consecuencias que derivan de su aplicación en las distintas etapas que conforman el proceso penal, llevando a cabo posteriormente un pequeño resumen de los puntos clave o fases más destacables por las cuales debe de pasar el proceso mediador actualmente en España, conociendo a través de éste análisis, no sólo la parte teórica o doctrinal de la aplicación de la mediación en el Derecho penal español, sino también, las consecuencias prácticas y reales que se producen como fruto de dicha aplicación.

4. EL ACUERDO DE MEDIACIÓN.

Finalmente, para poder acotar el tema de mi trabajo de fin de grado, voy a proceder a realizar una exposición sobre el objetivo buscando por los procedimientos de mediación, los acuerdos de mediación. Estos acuerdos son el fin del procedimiento de mediación, y presentan unas peculiaridades muy concretas, influidas por los principios de la mediación y el respeto a las garantías procesales, a las que he hecho referencia anteriormente. En un primer momento, voy a abordar la temática de los acuerdos de mediación, explicando la existencia y objeto de los mismos, así como la distinción entre acuerdos de índole material, basados en una reparación material, y acuerdos de índole simbólica, basados en una reparación simbólica; a partir de esta distinción, examinaré las características de cada uno de estos tipos de reparaciones, así como el desarrollo de las mismas en los procedimientos de mediación.

Por último, en el segundo apartado de este punto cuarto dedicado a las cuestiones de los acuerdos, llevaré a cabo una aproximación de los problemas o cuestiones generales que conllevan los acuerdos de mediación, tales como el respeto al principio de presunción de inocencia, nuevamente presente en este apartado, qué ocurre con los acuerdos que se cumplen antes del juicio, y qué ocurre con aquellos acuerdos que no se cumplen antes del juicio, y cerrando el capítulo, destacando en todo momento la labor del mediador en cuanto a su deber de velar porque dichos acuerdos no sean ni excesivos ni insuficientes.

4.1. ALCANCE Y LEGALIDAD DE LOS ACUERDOS ADOPTADOS.

El objetivo último de la mediación es, sin duda alguna, la consecución de un acuerdo entre las partes que ponga fin a la disputa o conflicto existente entre ambas, propiciando todos los principios y valores propugnados por el Estado democrático de Derecho, y el ordenamiento jurídico español en un sistema de Derecho penal afecto a la Justicia restauradora o restaurativa. El acuerdo supone el fin, el cierre de un camino andado tanto por la víctima como por la persona del infractor con las instrucciones y directrices otorgadas por el mediador, a través del diálogo y la comprensión mutua.

El acuerdo al que lleguen las partes debe de ser plasmado por el mediador en el acta de reparación o acta de mediación indicando los extremos de dicho acuerdo. Este documento va

a ser de vital importancia a nivel institucional y jurídico, ya que establece el resultado al que se ha llegado con la mediación dentro del proceso penal, y va a afectar de modo determinante el resultado de dicho proceso penal, y principalmente, la imposición de la pena que en su caso corresponda al infractor. Con la mediación se llega entonces a un acuerdo, que posteriormente será presentado al Juez o Tribunal, debiendo de ser ratificado, con el objeto de mostrar el compromiso de las partes, con respecto a las acciones a llevar a cabo, o las que se hubiesen producido ya en ese momento. Como ya hemos visto, uno de los pilares fundamentales y básicos de la mediación, el cual podríamos denominar, el pilar maestro de la misma, es la voluntad de las partes de someterse a este proceso; es a través de la voluntariedad expresada por decisiones libres y conscientes, cómo las partes, víctima y agresor, pueden llegar a un estadio de creación de soluciones al conflicto existente, a través de un proceso de diálogo en un plano horizontal de respeto, fruto de que son ambas partes, las que voluntariamente quieren y desean llevar a cabo este proceso de búsqueda de soluciones alternativas.

Una vez que fruto de ese proceso de comunicación, se llega a un acuerdo, tenemos que tener en cuenta que en la legislación española no se establece de modo específico el contenido de dicho acuerdo, sino que el mismo, puede variar, pudiendo constituir en una obligación de dar, hacer o no hacer. De esta manera, ha sido la jurisprudencia, la cual, a través del devenir de los años y la práctica en mediación, la que ha ido llenando este vacío constitutivo de lo que entendemos por reparación, y por contenido de un acuerdo de mediación. De esta manera distinguiremos, en base a las directrices de la jurisprudencia, entre reparación material, con acuerdos de contenido material, y reparación simbólica, con acuerdos de contenido simbólico:

- En primer lugar vamos a hablar de los acuerdos de contenido material; estos, consisten en el establecimiento para la parte de una obligación de dar una cantidad económica, o en la devolución de una cosa sustraída.
- En segundo lugar, nos encontramos con la reparación simbólica, a la que da lugar los acuerdos de contenido simbólico, basados en una obligación de hacer o no hacer, en los cuales no se está reparando un daño patrimonial causado, sino que esta reparación, está directamente relacionada con la esfera psicológica y la satisfacción de la víctima, así como con el reconocimiento del autor de la infracción de la norma. Esta reparación, puede consistir en la participación del autor en programas de

desintoxicación o deshabituación, trabajos en beneficio de la comunidad, pedir perdón públicamente...

Estas son las obligaciones que pueden derivar de un acuerdo de mediación, si bien, en la mayor parte de los casos, las víctimas optan por una reparación simbólica en lugar de material; esto se explica en base a que, gracias a los efectos y el desarrollo de la mediación, las víctimas verdaderamente encuentran un método y procedimiento por el cual hacerse oír y poder expresar así sus intereses y necesidades a lo largo del proceso penal; y es que, tal y como establece FERREIRO BAAMONDE, *“el delito obliga a reconstruir todas las concepciones previas sobre la sociedad y sobre uno mismo, sobre la propia capacidad de actuación, y sobre las posibilidades de controlar lo que le sucede a uno”*⁴⁵, siendo ésta la razón por la cual, continúa el autor, las víctimas optan por una reparación de carácter simbólico que constituya un restablecimiento de la situación contextual anterior a la producción de la infracción. Como prueba documental real de la exposición de este autor, debemos acudir a datos basados en experiencias reales en mediación en España, llevadas a cabo en Cataluña durante 2008 y 2009, en las cuales, los acuerdos adoptados, en el 73% y 86% de los casos, respectivamente, poseían un contenido personal y simbólico, y no material o económico.⁴⁶

4.2. CUESTIONES SOBRE LOS ACUERDOS.

- **El contenido de los acuerdos, y los acuerdos en sí, no deben de suponer una merma del principio de la presunción de inocencia.**

En esta ocasión, nos referimos más concretamente al hecho de introducir dentro de los acuerdos el reconocimiento del autor de los hechos, lo cual, podría comprometer el principio de presunción de inocencia en su caso, dentro del proceso penal.

En este punto la doctrina se divide, y existen algunos autores que defienden que no existe una colisión directa entre el principio de presunción de inocencia, y que nos encontramos ante un mandato derivado de la naturaleza de la mediación teniendo como punto de partida el

⁴⁵ FERREIRO BAAMONDE, 2005, pp.96

⁴⁶ SÁEZ RODRIGUEZ, 2011, Art.8

reconocimiento de los hechos por el infractor. Otra parte de la doctrina se decanta por no incluir el eventual reconocimiento de los hechos que se lleve a cabo por el infractor en el acuerdo de mediación, estableciendo, que si fuera preceptiva dicha inclusión, la misma colisionaría de forma directa con el principio de voluntariedad y confidencialidad inspiradores de la mediación, ya que se coartaría el derecho de una de las partes a abandonar libremente el proceso por un lado, y por otro, se influiría de manera indirecta en el juez al presentar el informe del mediador, contaminando su posición imparcial y neutral. Es por estas razones, por las que no podemos incluir en el acuerdo si el autor ha llevado a cabo el reconocimiento de los hechos, puesto que supondría una merma de los principios inspiradores de la mediación, y en su caso, el informe del mediador, que se presenta ante el Juez o Tribunal, no debe de contener ninguna referencia a esta circunstancia, debiendo adscribirse únicamente a los extremos del acuerdo alcanzado. Solamente a través de este segundo método podremos entender verdaderamente cumplido el objeto de la mediación, ya que, tal y como establece la normativa internacional inspiradora de esta figura, destacando la Recomendación (99), de 15 de septiembre de 1999 sobre mediación en materia penal, *“la obtención de un acuerdo reparador serio y firme, depende de que los hechos expuestos, las informaciones obtenidas sobre el suceso y la personalidad de los autores y otros partícipes sean objeto de una reserva absoluta”*⁴⁷

- **Acuerdos cuyo cumplimiento se produce antes del juicio.**

Nos encontraríamos ante la situación deseada y buscada por la mediación, además de ser la más común, en la que, fruto del diálogo entre infractor y perjudicado, surge un acuerdo reparador, que se cumple antes de que tengan lugar las sesiones del juicio oral, por lo que se presenta ante el Juez o Tribunal el correspondiente informe poniendo en su conocimiento el contenido del acuerdo, y las acciones llevadas a cabo por las partes para dar cumplimiento al mismo, y en base a este, el órgano decisor podrá apreciar la circunstancia atenuante del art.21.5CP, tal y como establece la jurisprudencia en diversas ocasiones.⁴⁸

⁴⁷ Art.2 Recomendación (99) 19, de 15 de septiembre de 1999 sobre mediación en materia penal.

⁴⁸ Entre otras, STS de 2 de diciembre de 2003

- **Acuerdos cuyo cumplimiento no se ha producido antes del juicio.**

En este caso, nos encontramos con el mismo supuesto que en el caso anterior, pero debido a las circunstancias o el contexto que rodea al caso, no se ha podido llevar a cabo el cumplimiento del acuerdo al que han llegado las partes, estando éste cerrado. Por tanto, nos encontramos en las sesiones del juicio oral, en las cuales el mediador presentará su informe, y el acuerdo suscrito por las partes, en el cual, el infractor se compromete a llevar a cabo una conducta determinada, y la víctima en ese momento, deberá de mostrarse de acuerdo con que, en base a los hechos acontecidos, el cumplimiento del acuerdo va a tener que ser pospuesto hasta el fin de la sesión del juicio. En este caso, la mediación y el acuerdo alcanzado presenta el efecto de suspensión de condena, en base al cumplimiento de lo acordado, y existe una corriente doctrinal minoritaria, que defiende la aplicación de la atenuante por analogía del 21.6 del Código penal, debido a que nos encontramos ante una manifestación de la defensa de los intereses de la víctima.

5. CONCLUSIONES

Llegados a este punto, en primer lugar, me gustaría agradecer a los lectores la paciencia y esmero puestos en la lectura de este Trabajo de Fin de Grado sobre La Mediación en el Derecho Penal.

En un primer momento, debemos de valorar si efectivamente, a través de este trabajo hemos conseguido tratar los objetivos que me había propuesto cumplir, y que han quedado plasmados en la introducción. Con la realización de este trabajo, he querido clarificar las dudas existentes con respecto a la posible aplicación de la mediación en el Derecho penal español, presentándola como la solución a las actuales carencias que nos encontramos en la configuración de un sistema penal, basado en la Justicia retributiva o punitiva. Tras la presentación y análisis de los defectos que nos encontramos en el actual sistema de Derecho penal español, he pasado a exponer cuál era la problemática que derivaba de esa configuración, y cómo la Justicia restaurativa, a través de la mediación como herramienta y mecanismo de la misma, se erigía como mecanismo de resolución alternativa de conflictos, en la cual se están apoyando numerosos países para resolver sus controversias, con magníficos

resultados, y es objeto de múltiples recomendaciones y directivas de organismos internacionales, así como de autores reconocidos tanto nacional como internacionalmente

Para ello, he realizado un estudio de esta figura de la mediación, comenzando con el análisis de los defectos y problemas que plantea el actual ordenamiento jurídico español, específicamente en la rama del Derecho penal, para poder conocer así, donde encontramos las faltas en la configuración de este sistema. Posteriormente, he pasado a examinar los principios en los cuales se apoya este sistema penal, siendo su máxima principal a la hora de la práctica, la aplicación de la Justicia retributiva, que como ya hemos visto, produce unos resultados totalmente desacordes con los que propugna seguir el Derecho penal. Tras este análisis del actual sistema de derecho penal español, he pasado a presentar la mediación, como herramienta de la Justicia restaurativa o restauradora, como solución a dichos defectos existentes, configurándose como el mecanismo más eficaz a la hora de la consecución de la satisfacción de la víctima, el restablecimiento de la paz social, y el reconocimiento de la norma por parte del infractor, todo ello bajo un estricto respeto a los principios constitucionales y a los principios penales de subsidiariedad e intervención mínima.

Posteriormente, he pasado a detallar el proceso mediador y sus principales cuestiones con respecto a la posible existencia de conflictos con las garantías constitucionales, finalizando con el estudio de los acuerdos y cuestiones relativas a los mismos.

Finalmente, quiero acabar afirmando la idoneidad del desarrollo de esta figura en el Derecho penal español, en base a directrices internacionales, y tomando como ejemplo otros ordenamientos en los cuales esta figura se aplica exitosamente, pues la mediación, se basa en la resolución de conflictos de la manera más perfecta existente en la sociedad: a través de un diálogo, una comunicación entre iguales, buscando alcanzar soluciones que beneficien a ambas partes, y que satisfagan sus intereses, en una esfera de confianza, dignidad y respeto.



“Se piensa que lo justo es lo igual, y así es; pero no para todos, sino para los iguales. Se piensa por el contrario que lo justo es lo desigual, y así es; pero no para todos, sino para los desiguales”.

Aristóteles (384 AC- 322 AC) Filósofo griego.

6. BIBLIOGRAFÍA.

- ✚ BARALLAT LÓPEZ, J. (2013), “La mediación en el ámbito penal”, en *Revista jurídica de Castilla y León*, nº29, pp.1-4.
- ✚ BELTRÁN VERDES, E. (2009), *Derechos torcidos: tópicos, medias verdades y mentiras sobre pobreza, política y derechos humanos*, Barcelona.
- ✚ CID MOLINÉ, J. (2005), *La delincuencia violenta*, Barcelona.
- (2008), “El incremento de la población reclusa en España entre 1996-2006: Diagnóstico y remedios”, en *Revista Española de Investigación Criminológica*, Artículo 2, pp.4 y ss.
 - (2009) “Medios alternativos de solución de conflictos y derecho penal”, en *Revista de Estudios de la justicia*, nº11.
- ✚ CUADRADO SALINAS, C. (2015), “La mediación: ¿Una alternativa real al proceso penal?”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Artículo 17-01.
- ✚ DEL MORAL GARCÍA, A. (2008), *Voluntariedad y penalización. La mediación penal y penitenciaria. El estatuto del mediador. Un programa para su regulación*, Pamplona.
- ✚ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. (2004), “El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana”, en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, nº06.
- ✚ FERREIRO BAAMONDE, X.X. (2005), *La víctima en el proceso penal*, Madrid.
- ✚ GIMENO SENDRA, J.V. (1993), *Derecho Procesal. Proceso Penal*, Valencia.
- ✚ GORDILLO SANTANA, L.F. (2007), *La justicia restaurativa y la mediación penal*, Madrid.
- ✚ GUTIÉRREZ DE PIÑERES BOTERO, C. (2009), *Efectos psicológicos de la Victimización secundaria durante la etapa de la denuncia*, Madrid.
- ✚ HASSEMER, W. (1995), *Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos. Pena y Estado*, Madrid.
- ✚ HIGHTON, E.; ALVÁREZ, G.; GREGORIO, C. (1998), *Resolución alternativa de conflictos y sistema penal. La mediación penal y los programas víctima-victimario*, Buenos Aires.
- ✚ HOWARD Z. (1995), *Justice paradigm shift? Values and visions in the reform process*, *Mediation Quarterly*, Illinois
- ✚ MARSHALL R. (1999), *Crime and Justice, a review of research*, Chicago.



- ✚ MIR PUIG, S. (2015), *Derecho penal. Parte General. La pena*, 10ª ed., Barcelona.
- ✚ PASCUAL RODRÍGUEZ, E. (2011) “Justicia restaurativa como nuevo paradigma de Justicia penal y penitenciaria”, en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, nº973, pp.29 y ss.
- ✚ PÉREZ SANZBERRO, G. (1999), *Reparación y conciliación en el sistema penal, ¿apertura de una nueva vía?*, Granada.
- ✚ PORTELA, G. (2007), *Características de la mediación. Mediación y solución de conflictos, habilidades para una necesidad emergente*, Madrid.
- ✚ PUY MUÑOZ, F. (2007), *La expresión Mediación Jurídica. Un análisis tópico en mediación y solución de conflictos. Habilidades para una necesidad emergente*, Madrid.
- ✚ SÁEZ RODRIGUEZ, J. (2011), “Mediación penal. Conclusiones de las experiencias en España. 2008-2011”, en *Cuadernos penales José María Lidón*, nº8.