

mediación y reducción de la litigiosidad

Mediación penal: un instrumento para la tutela penal

opina

Silvia Barona Vilar

Catedrática de D.º Procesal, Universitat de València (*)

I. La mediación penal en el entrópico modelo procesal español. Apuntes para una introducción: mediación penal como modalidad de tutela del ciudadano

España viene arrastrando tras de sí una necesidad ineludible de modificar su norma procesal, la LECRIM, a partir de la cual no solo sea posible incorporar un modelo procesal penal nuevo, íntegro, que abandone el ya exhausto y entrópico sistema procesal decimonónico, sino además incorporar en ese nuevo modelo de justicia penal instrumentos como el de la mediación penal, como elemento integrado y vinculado con el proceso penal; manifestación preferentemente de justicia terapéutica o restaurativa, aun cuando permite desarrollar múltiples funciones desde la exigencia de la tutela penal, individual y social. En esos aires de cambio que vienen aclamándose desde diversos foros es indudable que ha jugado un papel esencial movimientos como la victimología, el abolicionismo, la incorporación de la *Restaurative Justice*¹, todas ellas marcando un senti-

miento de frustración y desencanto ante la inoperancia del modelo en general y, en particular, de las víctimas, las grandes olvidadas del sistema penal preventivo.

En esa metamorfosis del paisaje penal han ido surgiendo cuestiones tales como la minimización *versus* la expansión del derecho penal, la eficacia de la pena y sus posibles alternativas, las nuevas tecnologías aplicables a la delincuencia, la aparición de la delincuencia colectiva o de masas, el incremento de la violencia y de la lucha contra el terrorismo y su incidencia en los principios que conforman el Derecho Penal del Estado social y democrático de Derecho, la aparición de un modelo penal supranacional e internacional, etc., y una «crisis» de algunos de los postulados clásicos, cuestionándose inclusive el por qué y para qué el derecho penal, la necesidad de resucitar la figura de la víctima, la valoración de la conducta del delincuente y sus posibles repercusiones penales y procesales, generándose una conciencia crítica del paisaje penal², incorporán-

estudio de los diversos ordenamientos jurídicos que pueden aportar interesantes reflexiones sobre la mediación; y también BARONA VILAR, S., *Mediación penal. Fundamento, fines y régimen jurídico*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, en el que se desarrolla dogmáticamente las cuestiones que se describen y cómo han ido cambiando el paisaje penal de estas últimas décadas. Y con anterioridad BARONA VILAR, S., *Seguridad, celeridad y justicia penal*, Valencia, Tirant lo Blanch Alternativa, 2004.

² Interesantes son: «*La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo*», Libro Homenaje a Cerezo Mir, Madrid, Tecnos, 2003, «*Derecho Penal del Siglo XXI*», (Director Mir Puig), Cuadernos de Derecho Judicial, 2008, y «*La ciencia del Derecho Penal ante el*

(*) Realizado en el marco de los Proyectos DER 2010-17126 (MICINN) Y PROMETEO 2010-095(GV).

¹ Para un estudio de estas cuestiones puede verse BARONA VILAR, S. (Dir.), *La mediación penal para adultos. Una realidad en los ordenamientos jurídicos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, con un

dose la mediación en este maremágnum de seísmos, que ofrece una transformación del mero «ser» víctima al «estar» como víctima en el modelo de justicia penal, poniendo fin al estado de *nada (vacío) legal*³ en que se encontraba, en situación de inferioridad procesal respecto de los demás sujetos intervinientes en el proceso.

Asumiendo que nos hallamos inmersos en el caos o la entropía procesal penal es precisamente éste el momento adecuado para replantear el modelo de tutela penal de nuestro país, incorporando como instrumento del instrumento procesal, que es el proceso penal, el procedimiento de mediación, como un cauce en virtud del cual víctima e infractor, voluntariamente, se reconocen capacidad para participar en la resolución de un conflicto penal, con intervención del mediador, reestableciendo la situación previa al delito y el respeto al ordenamiento jurídico, amén de dar satisfacción a la víctima y el reconocimiento de tal actividad por el victimario. Se trata de un medio de gestión del conflicto que fomenta el diálogo y la reconstrucción de la paz social quebrada por el hecho delictivo y que favorece la minimización de la violencia estatal.

La víctima y el victimario son los principales actores⁴. Se da prioridad a la reparación del daño y a la prevención especial sobre la prevención general y la retribución. No afecta al principio de exclusividad de la jurisdicción ni afecta al monopolio estatal del *ius puniendi*, dado que deben ser los tribunales los que van a controlar los resultados de la mediación y los que, en su caso, atribuirán o no eficacia jurídica a lo acordado. Es una modalidad auto-compositiva intraprocesal que, a la postre, exigirá de una decisión judicial, ya para poner fin al proceso de forma anticipada -sobreseimiento por razones de oportunidad reglada- o ya para poner fin al proceso a través de la sentencia. Se trata de un procedimiento, no un proceso, dado que el procedimiento existe en cualquier actividad jurídica, siendo la manera formal en que se desarrolla aquella,

nuevo milenio» (ESER/HASSEMER/BURKHARDT, trad. Cast. dirigida por MUÑOZ CONDE), Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.

³ En la doctrina inglesa se le denominaba originalmente *legal nonentity*, al que se refiere FATTAH, E.A., «From Crime Policy to Victim Policy. The Need for a Fundamental Policy Change», en *Annales Internationales de Criminologie*, 29 (1991), No. 112, p. 45. Se tradujo al alemán como *rechtlichen Nichts*, KILCHLING, M., *Opferinteressen und Strafverfolgung*, Freiburg, Edition Iuscrim (MPI), 1995, p. 1.

⁴ BARONA VILAR, S., «Hacia la consagración de la mediación penal en nuestro ordenamiento jurídico y la recuperación de la justicia restaurativa», en *Pensamientos jurídicos y palabras*, dedicados a RAFAEL BALLARIN HERNÁNDEZ, Ed. Universitat de València, 2009, p. 104.

y proceso se refiere tan solo al ejercicio de la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado de manera irrevocable, que no es sino la función jurisdiccional (art. 117.3 CE). Y en el caso de la mediación no estamos ante función jurisdiccional, no actúa el mediador heterocompositivamente o *supra partes*, sino autocompositivamente o *intra partes*. Su misión, desde la neutralidad, consiste en trabajar con las partes, aproximándolas, ayudándolas a asentar sus posiciones y sus intereses, pero no decide por ellas.

Ahora bien, no es una «alternativa» al proceso ni pretende serlo, no es excluyente, sino que debe ser un elemento más del sistema procesal penal, un perfecto complemento integrador⁵ de intereses individuales con interés público, surgiendo de nuevo la idea de la reparación de la víctima con eficacia penal o procesal.

España no es ni ha sido ajena a la mediación penal. Prueba de ello es la experiencia en materia de responsabilidad penal del menor, tras la aprobación de la LO 5/2000, de 12 de enero, que recogía previsiones sobre la mediación, la reparación y la conciliación⁶. A esta experiencia en menores con marco legal se suma la concurrencia de una pluralidad de proyectos piloto, sin norma habilitante, que se han venido desarrollando en nuestro país desde hace más de dos décadas, algunos institucionalizados por entidades privadas o públicas y en los últimos tiempos en colaboración con el CGPJ. Se ha venido reclamando regulación sobre mediación⁷. En consecuencia, se precisa, llegado este punto, un paso más, la institucionalización legal de la mediación penal, lo que requiere norma habilitante nacional con intrínseca vinculación con el proceso penal, su posible incorporación como instrumento reparador en el CP y con efectos penales, así como un conjunto de disposiciones (incluidas en la nueva LECRIM), reglamentarias, etc.

⁵ Sobre esa necesidad integradora puede verse la obra de DOMENIG, C., *Restorative Justice und integrative Symbolik. Möglichkeiten eines integrativen Umgangs mit Kriminalität und die Bedeutung von Symbolik in dessen Umsetzung*, Bern/Stuttgart/Wien, Haupt ed., 2008. En general toda la obra es una propuesta de integración pero a los efectos expuestos son especialmente interesantes las pp. 324-326.

⁶ De muy reciente publicación puede verse la obra *Mediación con menores infractores en España y los países de su entorno*, GONZÁLEZ PILLADO, E. (coord.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2012. También, MANZANARES SAMANIEGO, J.L., *Mediación, reparación y conciliación en el Derecho Penal*, Granada, Comares, 2007, p. 136.

⁷ Sobre estas ideas puede verse GONZÁLEZ CANO, I., «La mediación penal en España», en la obra colectiva *La mediación penal para adultos. Una realidad en los ordenamientos jurídicos* (Directora SILVIA BARONA VILAR), cit., en especial pp. 30-32.

II. ¿Cuándo se recomienda la mediación penal? Delimitación objetivo-subjetiva en mediación y planteamiento de *numerus clausus* versus *numerus apertus*

Una de las cuestiones más interesantes y a la vez más controvertidas en la conformación de la mediación penal es precisamente la delimitación del ámbito objetivo de la misma, a saber si es posible efectuar un elenco *numerus clausus* de supuestos (o, al contrario, *numerus apertus*) en los que sea posible acudir al procedimiento de mediación, o no, y, en su caso, habría que determinar los posibles criterios a valorar para esta delimitación, siendo, a estos efectos, muy ilustrativa la experiencia de otros ordenamientos jurídicos, amén de nuestros proyectos-piloto. En mi opinión parece más recomendable la no existencia de una lista cerrada de hechos delictivos que puedan llevarse a mediación. La determinación legal de esa enumeración llevaría a una inadaptación de la mediación a la realidad del momento, que puede ser cambiante y en la que pueden confluir toda una serie de factores que pudieren alterar una fría enumeración de delitos, de hechos delictivos que lleven aparejado una determinada pena, o de sujetos determinados, etc. Cuestión diversa es la posible configuración de protocolos de actuación, que pueden revisarse con cierta periodicidad, tras la evaluación de los resultados alcanzados. Parece que pueden concurrir otros elementos que lleven a determinar, caso por caso⁸, y atendidas las coordenadas concurrentes, la posible remisión del asunto al servicio de mediación penal.

A título de ejemplo, en Alemania se mantiene un sistema abierto que permite acudir al TOA (*Täter-Opfer-Ausgleich*) tanto en los delitos bagatelarios como en los delitos graves con carácter general, aun cuando en algunos estados federales se remite a mediación solo en hechos de menor importancia o de media gravedad, lo que no es del todo acorde con lo que dispone el artículo 46^a StGB, que incluye la posibilidad de que pueda acudirse a mediación por cualquier tipo de delito. En la práctica en la mayor parte de los estados federales se efectúan listas positivas o negativas de conveniencia o no del TOA⁹. Y

ésta es probablemente la solución más adecuada si se tiene en cuenta que ha sido la que han asumido la mayor parte de las legislaciones, como sucede con el modelo de los EEUU¹⁰, con la mediación en Inglaterra¹¹, con el procedimiento de conciliación de los Países Escandinavos¹² Australia, Nueva Zelanda, Canadá¹³, etc., en los que no existe un elenco cerrado de supuestos susceptibles de mediación, lo que no implica, a su vez, la aceptación de que todo pueda gestionarse por mediación. En la mayor parte de los países existe una lista de posibles hechos que con más frecuencia van a poder llevarse a mediación, y esos criterios y la experiencia de su aplicabilidad en estos países puede servir a la hora de determinar la viabilidad –con criterios de posibilismo– de la mediación en España, pero, siempre y en todo caso, desde su consideración como criterios abiertos.

Cuanto se ha expuesto a favor del *numerus apertus* no es óbice a la consideración de determinados criterios que pueden concurrir a los efectos de valorar la oportunidad y eficiencia del procedimiento de mediación en cada caso concreto.

of legislative provisions in European Countries, quien considera que no debe excluirse *a priori* los hechos que pueden llevarse a mediación. Puede verse igualmente para el tratamiento de Alemania mi capítulo «Situación de la justicia restaurativa y la mediación penal en Alemania», en la obra colectiva *La mediación penal para adultos*, (dir. BARONA VILAR), cit., pp. 266-267.

¹⁰ En los Estados Unidos la idea principal pivota sobre la afirmación de que no parece tener sentido fijar inicialmente una exclusión de determinadas infracciones penales, debiendo analizar caso por caso las circunstancias concurrentes. Puede verse, PUGH, C., «What Do You Get When You Add Megan Williams to Mathew Shepard and Victim-Offender Mediation? A Hate Crime Law That Prosecutors Will Actually Want to Use», *Cal. W.L. Rev.*, n. 45, 2008, p. 216; GABBAY, Z.D., «Exploring the Limits of the restorative Justice Paradigm: Restorative Justice and White-Collar Crime», en *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, n. 8, 2007, p. 422; BELTRÁN MONTOLIÚ, A., «Modelo de mediación en los Estados Unidos de América», en la obra colectiva *La mediación penal para adultos*, (dir. BARONA VILAR), cit., pp. 71-72.

¹¹ No existen tampoco límites referidos a un determinado tipo de delito o falta que lleve a excluir la mediación en Inglaterra, lo que no es óbice a potenciar más la misma en determinados tipos de delitos como los robos, hurtos, asaltos y actos con un mínimo de violencia personal. Puede verse MONTESINOS GARCÍA, A., «La mediación penal en Inglaterra y Gales», en la obra colectiva *La mediación penal para adultos*, (dir. BARONA VILAR), cit., p. 96.

¹² ERVO, L., «La conciliación en materia penal en los países escandinavos», en la obra colectiva *La mediación penal para adultos*, (dir. BARONA VILAR), cit., p. 128.

¹³ Siguiendo a SHERMAN, L.W./STRANG H., *Restorative justice: the evidence...*, cit., p. 21, se trabaja mejor con mecanismos de justicia restaurativa cuando se trata de delitos con violencia así como con delitos contra la propiedad (p. 24), lo que es quizás compleja la voluntad de la víctima en tomar parte en estas modalidades restaurativas, y si lo hacen suelen optar por cauces indirectos y no el *face-to-face*.

⁸ En el mismo sentido GONZÁLEZ CANO, I., «La mediación penal en España», en la obra colectiva *La mediación penal para adultos*, cit., p. 40.

⁹ KILCHLING, M., «Restorative Justice developments in Germany» en *Regulating Restorative Justice. A comparative study*

1. Posibles criterios. De la gravedad a la violencia

Uno de los criterios que se han barajado en la mayor parte de las legislaciones ha sido el de la gravedad, de manera que se ha afirmado que la mediación es más conveniente cuando de supuestos no graves se tratare. Ahora bien, la gravedad no siempre es un buen dato objetivo para excluirla. Se argumenta que puede haber supuestos en los que los hechos sean de alto reproche social y sin embargo la víctima y el victimario de manera voluntaria prefieran el diálogo y acudir a mediación. Al establecer los límites objetivos de la gravedad se está tratando de manera desigual a los sujetos que podrían beneficiarse de esta modalidad mediadora, especialmente las víctimas. Y hasta es posible que desde el punto de vista social, la función reparadora pueda favorecer indiscutiblemente la paz social y a la sociedad misma en su conjunto.

Atendido este criterio de la gravedad, habrá de considerarse qué debe entenderse como grave, a los efectos de hacer viable o no la mediación: ¿la pena, si se cometen los hechos con violencia, etc? Considerar que es la pena implica asumir un criterio excesivamente objetivado que podría, en la práctica, producir desigualdades de elección de víctima-victimario. Si se valora que el hecho se ha cometido o no con violencia podría llevar *a priori* a rechazarla por el efecto perverso que la mediación podría acarrear a las víctimas, que podrían sufrir una especie de victimización secundaria al verse cara a cara con quien ha ejercido este tipo de conductas con ellas.

Puede ser de especial interés valorar el estado de la cuestión en otros ordenamientos jurídicos. En tal sentido, en los Estados Unidos, si bien inicialmente se rechazaba la mediación cuando de delitos graves y violentos se tratare, poco a poco fue transformándose esta posición, favoreciéndose programas que vinculasen a las víctimas y sus agresores, argumentándose que se devuelve a las víctimas el sentimiento de seguridad que habían perdido y el control sobre sus vidas¹⁴. Se requiere para estos casos una

¹⁴ BRAITHWAITE, J., *Restorative Justice and Responsive Regulation*, Oxford, Ed. Oxford University Press, 2001, pp. 45-73. Ello no significa que en todos los estados se admita dado que por ejemplo en California hay programas que sólo permiten infracciones leves o *misdemeanors*, mientras otros estados admiten la mediación para los delitos graves o *felonys*. BAKKER, M.W., «Repairing the Breach and Reconciling the Discordant: Mediation in the Criminal justice System», en *North carolina Law Review*, n. 72, 1994, p. 1485. Mas desarrollo sobre estos ámbitos, BELTRÁN

adquisición de destrezas especiales para ser mediador¹⁵, que permitan manejar una mayor intensidad emocional en su desarrollo¹⁶. Similar es el modelo canadiense, en el que la mediación puede ofrecer una respuesta al miedo de las víctimas ante la posible reiteración de los hechos, de manera que el procedimiento de mediación puede convertirse en una posible herramienta de rehabilitación del delincuente¹⁷. En igual dirección se encuentran los países escandinavos¹⁸. Por su parte, Francia se muestra más moderada al aceptar la mediación en los casos de violencia leve¹⁹, mientras que en Alemania se ha optado por permitir acudir a los TOA cualesquiera fuere la gravedad del hecho, atendida ésta a la pena atribuida legalmente²⁰. En Portugal la mediación, regulada en la Ley n.21/2007, en su artículo 2.a, se restringe a los delitos contra las personas y contra el patrimonio castigados con pena de hasta 5 años de prisión, a los delitos semipúblicos y para los delitos privados, excluyéndose en delitos contra la libertad sexual, en casos de corrupción, peculio y tráfico de influencias, y en aquellos supuestos en los que se tramitan los procesos especiales sumario y sumarísimo, porque se entiende que la mediación demora la exigencia de rapidez de aquéllos. Con ello encontramos que el modelo portugués ha queri-

MONTOLIU, A., «Modelo de mediación en los Estados Unidos de América», cit., pp. 70-71.

¹⁵ Insiste en este punto UMBREIT, M.S., «Violent offenders and their victims», en *Mediation and Criminal Justice. Victims, offenders and community* (WRIGHT y GALAWAY ed.), Londres, SAGE Publications, 1989, pp. 109-110. Pese a mostrar las dificultades en estos casos, afirma este autor que puede darse en los supuestos de delitos cometidos con violencia también la mediación, suponiendo, en su caso, una importante respuesta al crimen y a la victimización mucho mas creativa y humana, con esperanza en los próximos años (especialmente *vid.* p. 112).

¹⁶ En cualquier caso, las dificultades que presentan estos delitos cometidos con violencia existen, como lo manifiesta SMIT, J. Esta autora considera que podría acudirse a mediación, siempre dirigida por especiales profesionales que pudieren controlar lo suficiente los sentimientos sufridos por la víctima en estos casos. Así, si bien no se muestra contraria a la mediación en los supuestos de violencia de género, si lo hace, sin embargo, cuando se trata de delitos sexuales, en los que es imposible imaginar ninguna clase de mediación («The role of probation in restitution procedures», en MESSMER, H./OTTO, H.-U., *Restorative Justice on trial. Pitfalls and Potentials of Victim-Offender Mediation...*, cit., p. 392).

¹⁷ WEMMERS, J.A.; MARTIRE, R.; TREMBLAY, A., *La médiation et les victimes d'actes criminels. Actes de l'atelier tenu le 15 octobre 2004 à l'Université de Montréal*, Centre international de criminologie comparée, Université de Montréal, 2005.

¹⁸ ERVO, L., «La conciliación en materia penal en los países escandinavos», cit., p. 168.

¹⁹ Puede verse MBANZOULOU, *La médiation pénale*, cit., pp. 43-44 y 53; ETXEBERRÍA GURIDI, «El modelo francés de mediación penal», en la obra colectiva *La mediación penal para adultos*, (dir. BARONA VILAR), cit., pp. 214-215; Y GUILBOT, M./ROJARE, S., «La participation du Ministère Public a la médiation», en *Archives de Politique Criminelle*, 1992, n. 14, p. 51.

²⁰ LAUE, Ch., *Symbolische Wiedergutmachung*, cit., pp. 142-145; DOMENIG, C., *Restaurative Justice und integrative Symbolik*, cit., p. 304.

do configurar lo que es mediable y lo que no puede serlo, de forma taxativa²¹. Es una forma diversa a algunos de los modelos anteriormente expuestos.

En suma, es un tema muy discutido y complicado, que ofrece argumentos a favor y en contra de la mediación en delitos graves. A mi parecer aun cuando no debe ser la mediación en los delitos graves la más común, no debe *a priori* negarse esta posibilidad. Habrá que valorar si existe voluntad bilateral de sometimiento a este procedimiento, las circunstancias de la comisión del hecho, el factor emocional, las consecuencias sobre la víctima primaria y las secundarias o derivadas, y el posible éxito de las medidas reparatorias.

2. Determinación de posibles delitos favorables a la mediación

Aun cuando en la mayoría de los sistemas no se ha asumido la determinación cerrada de supuestos en los que se posibilita la mediación, existen delitos más favorables a la misma, por la naturaleza de los hechos, o por el interés en juego.

A) Delitos contra el patrimonio

Es el prototipo de delito para llevar a mediación penal, probablemente porque desde ellos tiene mucho sentido favorecer la reparación, propugnándose en este tipo de delitos la misma como positiva²².

B) Faltas

Conectado con las afirmaciones anteriormente vertidas habría que entender que a menor gravedad más factible se hace la mediación, lo que implicaría considerar que en

²¹ Puede verse LAMAS LEITE, A., «El régimen de mediación penal de adultos en Portugal: entre la justicia negociada y (alguna) dimisión del Estado», en la obra colectiva *La mediación penal para adultos*, (dir. BARONA VILAR), cit., pp. 303 y ss.

²² GONZÁLEZ CANO, I., «La mediación penal en España», en la obra colectiva *La mediación penal para adultos*, (dir. BARONA VILAR), cit., p. 40; MONTESINOS GARCÍA, A., «La mediación penal en Inglaterra y Gales», cit., p. 96; ERVO, L., «La conciliación en materia penal en los países escandinavos», cit., p. 144, dando datos estadísticos de los delitos que más comúnmente se llevan a mediación, destacando el 305 de hurtos, el 185 de agresiones, el 165 de daños pequeños y graffittis, el 12 % de robos, entre otros.

principio las faltas son hechos que vendrían favorecidos más que los delitos en el procedimiento de mediación, en cuanto a alcanzar acuerdos y reparaciones al respecto. Se trata, más bien, de un estereotipo no siempre real, por cuanto, por un lado, pueden no querer las partes, y por otro, por el interés general en juego. Así sucede, por ejemplo, siguiendo a GONZÁLEZ CANO²³, con las reguladas en el Título III (faltas contra los intereses generales, arts. 629 a 632 CP) y las recogidas en el Título IV (faltas contra el orden público, arts. 633 a 637 del CP).

C) Delitos de lesiones, contra el honor, contra la libertad (amenazas o coacciones), contra los derechos y deberes familiares (impago de pensiones) y delitos contra la salud pública

En las experiencias piloto estos delitos, llevados a mediación, han arrojado resultados favorables, al alcanzar acuerdos. Quizás estadísticamente el que menor grado de cumplimiento voluntario ha arrojado es el de la reparación en los casos de incumplimiento de deberes familiares.

3. Determinación de posibles supuestos, por razón del delito o por la calidad de alguna de las partes, menos favorables a la mediación

En algunos casos, ora por su naturaleza, comisión del hecho, gravedad, sujetos, etc, se hace más compleja la mediación. Así, son supuestos complejos.

A) Delitos de violencia de género

En nuestro país la situación ha venido marcada por la prohibición de la mediación en la LO 1/2004, integral de medidas contra la violencia de género²⁴, (art. 44.5).

²³ GONZÁLEZ CANO, I., «La mediación penal en España», en la obra colectiva *La mediación penal para adultos*, (dir. BARONA VILAR), cit., p. 41.

²⁴ Un desarrollo interesante de esta materia, sin perjuicio de la múltiple doctrina en relación con la misma, puede verse en la obra de ESQUINAS VALVERDE, P., *Mediación entre víctima y agresor en la violencia de género*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008.

Se ha tratado de argumentar a favor de la mediación penal con argumentos como que podría entenderse una prohibición solo de la mediación civil, al ubicarse entre las reglas procesales civiles, aun cuando es muy complicada esta interpretación. Otro argumento esgrimido es el de que no es posible prohibir en la ley de 2004 lo que en 2004 no existía en la ley, esto es, la mediación penal como tal en nuestro ordenamiento jurídico. Se esgrimen como argumentos justificadores de su exclusión el posible desequilibrio entre la víctima y el victimario, que frustraría cualquier tipo de diálogo, acuerdo, comunicación y/o respuestas voluntarias.

En todo caso, y siendo indudable que concurre un claro desequilibrio emocional en la mayor parte de los casos, pueden igualmente darse situaciones en las que podría ser recomendable para ambos la mediación. Ello nos lleva a la afirmación anterior de la necesidad de determinar caso por caso la conveniencia o no de acudir a mediación penal; también para estos supuestos. Es la solución a la que se llega en algunas legislaciones de nuestro entorno, aun cuando otras efectúan una exclusión taxativa.

Así, en EEUU se asume como criterio general la no recomendación de la mediación si existe o puede existir un desequilibrio de fuerzas, ya sea emocional, económico o social, entre la víctima y el victimario, considerándose como ejemplo el maltrato al cónyuge o a los hijos²⁵. En Alemania la mayor parte de los Estados federales colocan como excluibles de la TOA los delitos con violencia en la comisión del hecho, y los que ocasionan un riesgo de peligrosidad para la víctima, siendo un lugar común la discusión en torno a la exclusión de la mediación en los delitos de violencia doméstica y los de la violencia de género. Se argumenta la no exclusión *a priori*, si bien no se recomienda llevar a mediación violencias familiares o domésticas si concurre una clara situación de desigualdad, de sometimiento de una parte sobre la otra²⁶, si bien cabría su viabilidad si se salvan los escollos expuestos y si hay previsión de mejora de las relaciones que van a tener continuidad

²⁵ FISCHER, K./VIDMAR, N./ELLIS, R., «The culture of battering and the role of mediation in domestic violence cases», en *Sothorn Methodist University Law Review*, vol. 46, 1993, pp. 2117 y ss, y en el mismo sentido GUILL, T.U., «A framework for understanding and using ADR», *Tulane Law Review*, vol 71, 1997, p. 1333.

²⁶ KILCHLING, M., «Restorative Justice Developments in Germany», en *Regulating Restorative Justice. A comparative study of legislative provisions in European Countries*, cit.. También, mi capítulo en la obra colectiva *La mediación penal para adultos*, cit.

en el futuro²⁷. Por su parte, en Francia también se ha cuestionado. Se considera pertinente en ciertos casos, que habitualmente implican deseo de continuación de la vida familiar, de modo que, salvo que se trate de relaciones ya rotas o «en vías de ruptura», la posibilidad de recomponer la relación de pareja, inclusive con alguna acción de violencia, puede alcanzarse de forma menos traumática si se consigue que el cónyuge violento tome conciencia de su conducta frente a la pareja, con la ayuda del mediador. Si existe voluntad de poner fin a la relación conyugal, los sentimientos de odio, venganza, ajuste de cuentas afloran y es casi imposible alcanzar una solución amistosa²⁸. En suma, se viene a aceptar mediación en supuestos de violencia de género solo si se trata de un primer episodio de violencia no grave²⁹.

En España son curiosos los resultados que se arrojan en los supuestos de conflictos familiares llevados a mediación, precisamente porque la ayuda del mediador deviene esencial para la modulación de las relaciones, para convertir lenguajes negativos en positivos, diferenciar posición adoptada e intereses en juego, etc. En suma, es precisamente un ámbito en el que cabe la composición, la gestión del conflicto, la reconstrucción de una relación que inevitablemente va a continuar. Aun cuando pudiere ser positivo, ello no es óbice al obstáculo legal con el que nos encontramos y a la justificación del mismo sobre la base de la idea de evitar la victimización secundaria y la desigualdad como elementos que imposibilitan el diálogo y el consenso.

B) Reincidentes

Se suele considerar como poco apto para mediación aquellos supuestos en los que intervienen los reincidentes. Se les atribuye así una suerte de «etiqueta», un prejuicio de no mediable. Ese prejuicio debe, sin embargo, matizarse, en atención a las circunstancias, a la calidad de la reincidencia (puede serlo por un delito o falta que afecta a bien jurídico absolutamente diverso), pudiendo, bajo el trabajo del mediador, favorecerse la rehabi-

²⁷ BANNENBERG, B., RÖSSNER, D. «New developments in restorative justice to handle family violence», in Weitekamp, E., Kerner, H.-J. (eds.), *Restorative Justice in context. International practice and directions*, Cullompton, Willan, 2003, pp. 51-79.

²⁸ MBANZOULOU, *La médiation pénale*, cit., p. 59.

²⁹ RAKATOMAHANINA y otros, «Réflexions sur l'efficacité de la médiation pénale dans les violens conjugales faites aux femmes», en *Gazette du Palais*, noviembre-diciembre, 2005, p. 4043.

litación del posible delincuente³⁰. Parece recomendable que sean los directores de la persecución penal, y en ciertos casos los mediadores los que de forma singularizada determinen, caso por caso, si la mediación es o puede ser más conveniente personal y socialmente.

En Alemania se ha sostenido que es posible la mediación con antecedentes penales, no siendo necesario que los victimarios sean primarios³¹. Repárese que se trata de una posibilidad, no necesidad y, por ello, se determinará caso por caso si es o no conveniente que un reincidente se someta a mediación, bajo aceptación de unas condiciones a cumplir. En Inglaterra, muy probablemente por la influencia de la materia en menores, la situación es más restrictiva, al rechazarse esta posibilidad en los programas de mediación con adultos, aun cuando doctrinalmente tampoco existe una posición unánime, valorándose la reincidencia o la multirreincidencia, para excluir o no la mediación³². En los Países Nórdicos se acepta la mediación en estos casos, aunque se recomienda, y así aparece en la ley, esencialmente para delincuentes primarios³³.

En general podría considerarse una norma general que sería la de restringir el acceso a mediación penal en caso de reincidentes, pero no prohibírselo, valorándose caso a caso las circunstancias en la comisión del delito, la naturaleza del delito y la pena que lleva aparejada, entre otras, para evitar que la mediación se convierta en un puro instrumento de utilidad personal, para la obtención de una rebaja de la pena, un no sometimiento al proceso etc., en cuyo caso carece de sentido acudir a mediación porque se está frustrando la esencia de este procedimiento.

C) Delitos de peligro

Consecuencia de nuevas y múltiples tipologías delictivas, derivadas de lo que ha venido denominándose

como la *sociedad mundial del riesgo*³⁴, un concepto que permite acoger los desarrollos de «la sociedad mundial», la «sociedad de la información» y la «sociedad del riesgo» que tanto han afectado y afectan a la evolución de la criminalidad³⁵, y que han marcado un sendero hacia la expansión del Derecho Penal, las dificultades para asumir como posible la aplicación de las manifestaciones de la *restorative justice*, y entre ellas la mediación, se complican, aun cuando no imposibilitan.

Razones que se esgrimen para esta complejidad son la delimitación subjetiva plural, compleja y diversa, que arroja dificultades para favorecer la aproximación víctima-victimario. Y se hace, si cabe, más compleja en el caso de indeterminación absoluta de las víctimas de esta modalidad delictiva. Esa dificultad se hace más palmaria en los delitos de peligro abstracto, en los que surge el concepto de víctimas innominadas o colectivas, que generan *a priori* ciertos obstáculos a la hora de considerar la mediación³⁶. Estos obstáculos se han salvado por algún sector doctrinal incorporando la figura de la denominada «víctima simbólica» o «víctima por subrogación», no individualizada, siendo posible la actuación de determinadas personas jurídicas al lado de las víctimas, como sucede con asociaciones en defensa del medio ambiente, o asociaciones dedicadas a la desintoxicación en el caso de drogodependencias, o destinadas a trabajar por la no-violencia, o inclusive asociación pro víctimas de los delitos violentos o delitos de terrorismo, etc. Actuarían en defensa de los intereses colectivos e incluso difusos de los afectados por los delitos de peligro, y tratan de potenciar el reconocimiento de la responsabilidad del victimario, la atenuación de su pena y favorecer, a través de la mediación penal la función también de prevención general positiva³⁷. El argumento en contra se encuentra en la frustración de la idea clásica de diálogo,

³⁰ GONZÁLEZ CANO, I., «La mediación penal en España», en la obra colectiva *La mediación penal para adultos*, (dir. BARONA VILAR), cit., p. 42.

³¹ Puede verse, al respecto, KILCHLING, M., «Restorative Justice Developments in Germany», en *Regulating Restorative Justice. A comparative study of legislative provisions in European Countries*, cit., que explica como en el Estado de Baden-Württemberg, a mediados de los años 90 solo el 40 % de los delincuentes que se sometieron a mediación eran primarios.

³² MONTESINOS GARCÍA, A., «La mediación penal en Inglaterra y Gales», cit., pp. 96-97.

³³ ERVO, L., «La conciliación en materia penal en los países escandinavos», cit., p. 145.

³⁴ BECK, *World Risk Society*, Cambridge, 1999; también BECK/HOLZER, *Wie global ist die Weltrisikogesellschaft?*, en Beck/Lau (ed), «*Entgrenzung und Entscheidung*», 2004, pp. 421-439.

³⁵ Puede verse SIEBER, U., «Límites del Derecho Penal. Fundamentos y desafíos del nuevo programa de investigación jurídico-penal», *Revista Penal* julio 2008, La Ley, pp. 126-127. Con anterioridad, SIEBER, U., «Grenzen des Strafrechts» en Albrecht/Sieber, *Perpektiven der strafrechtlichen Forschung Amtswechsel am Freiburger Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht* 2004, 2006, pp. 35-79.

³⁶ Sobre este tema y soluciones puede verse el curso sobre mediación civil y penal de RÍOS MARTÍN y OLAVARRÍA IGLESIA, en la obra colectiva *Mediación civil y penal*, CGPJ, 2008, cit., p. 265.

³⁷ Interesantes reflexiones sobre este punto y conclusiones al respecto pueden verse en GONZÁLEZ CANO, I., «La mediación penal en España», en la obra colectiva *La mediación penal para adultos*, (dir. BARONA VILAR), cit., p. 41.

comunicación, con la víctima concreta, afirmándose que la intervención de la persona jurídica complica enormemente la flexibilidad requerida en este procedimiento de mediación, especialmente en lo que se refiere a alcanzar el consenso o acuerdo³⁸.

D) Víctimas especialmente vulnerables

Se incluye una lista de personas que pudieren considerarse como víctimas especialmente vulnerables y con las que la mediación penal puede ser compleja. Se trata de incapaces, menores, víctimas de género, etc. Se duda de la eficacia de este procedimiento como consecuencia del estado en que se encuentra la víctima, con una aminoración de sus facultades, por razones diversas, que empañan su capacidad absoluta y que perturban la eficiencia del modelo mediador. Esta situación dificulta el diálogo aun cuando no lo impide de forma absoluta. En muchos casos requiere de la intervención de persona o personas que representen al sujeto vulnerable. Y eso se considera como la expresión de una voluntad indirecta o derivada, no directa de los sujetos afectados.

Aun cuando los argumentos esgrimidos pudieren ser válidos, no por ello debe entenderse excluida la mediación en estos casos. Cuestión diversa es si por otros criterios ya expuestos o por exponer no se recomendare la mediación penal, no tanto por ser la víctima menor de edad sino porque el tipo de delito y las circunstancias que concurrieron en la comisión de los hechos, así como las propias del autor de los mismos, puedan llevar a aconsejar la exclusión de mediación penal.

e) Supuestos de mediación con pluralidad de sujetos

Se argumenta que trabajar con una pluralidad de sujetos puede ser negativo para que la mediación penal pueda cumplir sus fines. En este sentido, es cierto que podrían no querer todos someterse al procedimiento de mediación, planteándose al respecto si puede obligarse a acudir a mediación o si podría exigirse la aceptación de un acuerdo en el que no se ha participado. Hay que partir de la divisibilidad de lo divisible. Repárese que el

reconocer los hechos por alguno de ellos está afectando o puede afectar tanto a la presunción de inocencia de los demás como a su propio derecho de defensa, aun cuando no siempre es así. Estos son obstáculos que deben valorarse a la hora de admitir y considerar para unos hechos la mediación solo parcialmente subjetiva o no recomendarse en ningún caso. Ello no es óbice a la viabilidad de la mediación en aquellos supuestos de posibles acuerdos parciales que no devengan en prueba de cargo para los restantes coimputados, manteniéndose la máxima de que las soluciones de reparación no pueden hacerse extensivas a quienes no intervinieron.

F) Mediación con personas jurídicas

Se plantea igualmente como cuestionable la mediación penal con personas jurídicas, tanto cuando sean víctimas de la comisión de hechos delictivos como si se trata de victimarios, máxime tras la aprobación de la LO 5/2010, de 22 de junio, de reforma del CP, que reconoce la responsabilidad penal de las personas jurídicas³⁹, así como la adaptación de la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal. España se incorpora con ello al colectivo de países que admiten esta posibilidad en sus ordenamientos jurídicos, como sucede con Inglaterra⁴⁰, Estados Unidos⁴¹, Francia⁴², Portugal⁴³, entre otros, y precisamente en conexión directa con este reconocimiento debe igualmente atribuirse la posibilidad de que quienes pueden intervenir en un proceso, lo pueden hacer en la mediación, al menos en teoría. Repárese que más allá de proclamar la posible responsabilidad penal de estas personas jurídicas y las consecuencias derivadas de sus actos desde el punto de vista penal, es imprescindible determinar los instrumentos de tutela que el ordenamiento jurídico ofrece a la persona jurídica o frente a la persona

³⁹ BAJO FERNÁNDEZ, M., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas* (con FEIJOO SÁNCHEZ, B.J. y GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.) Madrid, Civitas Thomson Reuters, 2012, p. 20.

⁴⁰ Entre otros puede verse WELLS, C., *Corporations and Criminal Responsibility*, 2 ed., Ed. Oxford University Press, 2001, pp. 84 y ss.

⁴¹ En la literatura española puede verse NIETO MARTÍN, A., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas, Un modelo legislativo*, Madrid, lustel, 2008, pp. 178-194.

⁴² PRADEL, J., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho francés; algunas cuestiones*, en http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080526_61.pdf.

⁴³ LAMAS LEITE, A., «El régimen de mediación penal de adultos en Portugal: entre la justicia negociada y (alguna) dimisión del Estado», en la obra colectiva *La mediación penal para adultos*, (dir. BARONA VILAR), cit., p. 310.

³⁸ A estas cuestiones nos referimos en la obra BARONA VILAR, S., *Mediación penal. Fundamento, fines y régimen jurídico*, cit., pp. 308.

jurídica. Si bien el proceso penal abriga cualesquiera reproche que socialmente se quisiera plasmar en el marco de la tutela penal, ello no es óbice a «usar» del instrumento de la mediación, también cuando quienes intervienen en la cosa penal son personas jurídicas.

En la mayor parte de los ordenamientos jurídicos no se excluye la mediación penal en estos casos. Uno de los argumentos que podrían esgrimirse para objetar la mediación con personas jurídicas podría ser el que conecta con el propio fin de la mediación y las funciones que se desempeñan por el mediador en el desarrollo del procedimiento de mediación. Se aduce la dificultad de volcar información, aproximar a las partes, mantener una actitud proactiva a favor del acuerdo y el pacto y en materia penal asumir en aras de una reparación de la víctima determinadas consecuencias económicas o simbólicas, amén de mostrar una conducta predispuesta a la rehabilitación. Argumentos todos ellos alegables también en un proceso. Se aducen dificultades de aplicación y viabilidad de las consecuencias, pero no es más complicado que en el proceso. Y finalmente se esgrime un argumento en contra de la denominada reparación o compensación simbólica, por la eliminación del elemento reparatorio que la mediación ofrece a las víctimas⁴⁴.

Pese a todos estos argumentos debe considerarse como posible la mediación penal con personas jurídicas, ora cuando las mismas sean víctimas ora cuando lo sean victimarios. En ambos casos será la persona física que la representa la que pueda sentarse en el procedimiento de mediación y concluir, en su caso, un acuerdo que responda al cumplimiento de la función restaurativa⁴⁵.

III. ¿Cómo configurar la mediación penal? Clases y líneas generales del procedimiento

Nuestro ordenamiento jurídico se encuentra en estos momentos ante la encrucijada de determinar cómo

⁴⁴ Con carácter especial en la doctrina alemana. Al respecto puede verse, LAUE, Ch., *Symbolische Wiedergutmachung*, Berlín, Duncker & Humblot, 1997, p. 147.

⁴⁵ En el mismo sentido se ha admitido en el modelo alemán. Puede verse mi capítulo «Situación de la justicia restaurativa y la mediación penal en Alemania», en la obra colectiva *La mediación penal para adultos*, (dir. BARONA VILAR), cit., p. 267.

configurar la mediación penal, sobre todo atendiendo a las diversas modalidades y clases de mediación así como fijar las líneas programáticas procedimentales mínimas.

I. Clases de mediación

A la hora de pergeñar el modelo de mediación penal es posible atender a dos criterios para clasificarla: la manera en que se lleva a cabo la misma; y el momento en el que se produce y su vinculación con el proceso.

I.1 Mediación penal atendiendo al tipo de negociación

Atendiendo la técnica o manera en que se lleva a efecto la mediación, es posible hablar de mediación directa y mediación indirecta⁴⁶.

a) Mediación directa

Es la que se desarrolla con las dos partes hallándose las mismas simultáneamente en el mismo espacio físico. Se considera más eficaz para alcanzar el acuerdo, sobre todo por cuanto implica una mayor potenciación del diálogo. Su desarrollo *face to face* debe estar precedido, por un lado de entrevistas personales. En primer lugar se comienza trabajando con la víctima, y en breve llega el victimario, y a partir de ello deberá actuar habilidosamente el mediador.

b) Mediación indirecta

La negociación se desarrolla sucesivamente, no simultáneamente, con el mediador y las partes, sin cara a cara entre ellas; no existe coincidencia física en el mismo espacio la víctima y el victimario. La técnica de mediación en estos casos es diversa porque las habilidades del mediador irán dirigidas a convertirse en vehículo de transmisión de información de una parte a otra.

⁴⁶ Puede verse PASCUAL RODRÍGUEZ, E., «Fase de negociación en la mediación penal con adultos. El encuentro entre las dos partes: persona víctima y persona infractora. Técnicas de negociación. Mediación directa e indirecta», en *La mediación civil y penal. Un año de experiencia*, Estudios de Derecho Judicial, n. 136, CGPJ, Madrid, 2008, pp. 170-171.

1.2 Mediación penal en atención al momento procesal de desarrollo

En atención a este criterio es posible hablar de mediación preprocesal, mediación intraprocésal y mediación *postsententiam*.

La mediación preprocesal es anterior al proceso y puede ser alternativa y excluyente del mismo, solo posible en aquellos supuestos que se rigen por el principio de disponibilidad. Esta situación es excepcional en nuestro sistema jurídico.

La mediación más común será la intraprocésal, vinculada al proceso. Es la vía complementaria perfecta del proceso penal, dado que el acuerdo alcanzado, para ser eficaz y producir consecuencias jurídico-penales, debe quedar «validado» por el órgano jurisdiccional, bien a través de un auto de sobreseimiento, o, en caso de alcanzarse el acuerdo ya iniciado el juicio oral, a través de la sentencia de conformidad.

Finalmente cabría una mediación *postsententiam* que podría referirse, por un lado, a la mediación en ejecución, para favorecer, siempre que hubiere participado la víctima, por ejemplo, la suspensión de la pena o la sustitución de la pena privativa de libertad por otra; o bien cabría hablar de la mediación penitenciaria, que se plantea para favorecer un modelo dialogante diverso al sistema disciplinario sancionador, hoy por hoy basado en la aplicación del catálogo de sanciones establecidas en la LO Penitenciaria. Este régimen actual no busca el diálogo, sino la solución cortoplacista, manteniendo sensaciones de enfrentamiento, vencedores y vencidos.

IV Posible procedimiento de mediación

Las experiencias de otros ordenamientos jurídicos y las provenientes de los proyectos-piloto nos permiten afirmar que es recomendable determinar unas fases del procedimiento, pero dejando flexibilidad en su desarrollo. Podemos destacar como posibles las siguientes etapas:

a) *Fase de aproximación o de contacto*: Se inicia por decisión del juez o del fiscal y siempre que exista inclinación favorable a la misma por parte del acusado y del abogado –cabría planteamiento por las partes teóricamente, aun cuando parece compleja esta posibilidad–. El

equipo de mediación contacta con las partes, se firma un documento inicial de consentimiento de haber sido informados de lo que es y significa la mediación, cumpliéndose con el principio de voluntariedad. El mediador podrá entrevistarse individualmente, para valorar si existe verdadero interés en dialogar y alcanzar el acuerdo.

b) *Fase de encuentro o de acogida*. Se realizan entrevistas conjuntas o separadas, que tiendan a favorecer el acuerdo. Habrá libertad de actuación por los mediadores, lo que no es óbice a la existencia de protocolos de actuación, según la pluralidad de sujetos, la naturaleza del delito, etc.

c) *Fase de acuerdo o negociación*. Se pretende suscribir un documento con el acuerdo. Si no existe acuerdo, el mediador informa al Juez o en su caso Fiscal, con debido respeto de la confidencialidad. Evidentemente es la fase en la que el éxito de la mediación se visualiza. Si existe acuerdo los objetivos se han conseguido, mientras que si no se da acuerdo, la continuación del proceso es necesaria. El acuerdo deberá ser escrito y puede consistir en la reparación, material o moral –como la petición de perdón– o simbólica; y debe quedar firmado por las partes. Parece razonable que antes de la firma del acuerdo se consulte, y, en su caso, se consensue con el abogado.

d) *Fase de ejecución*. Implica la puesta en práctica del acuerdo (reparación, tratamiento, etc.). Se plantea quién debe efectuar el seguimiento del cumplimiento efectivo: Juez, Fiscal, incluso hay quien considera –opinión que no comparto– el mediador. En cualquier caso, el control es imprescindible, dado que la reparación deberá llevarse a cabo antes de que se dicte la resolución final que ponga fin al proceso penal, lo que obliga a que la ejecución del acuerdo, siquiera parcialmente, debería haberse comenzado antes del inicio del juicio oral. La ley deberá establecer los efectos en caso de incumplimiento, total o parcial, siendo que provocarán la continuación del proceso⁴⁷.

⁴⁷ En todo caso, repárese que la mediación penal en España parece estar pensada esencialmente para aquellos supuestos en que se produce la remisión a la misma por estar pendientes unas diligencias incoadas contra el infractor. Es por ello que se canalizará formalmente la mediación como un incidente en el mismo proceso, y si se alcanza el acuerdo deberá homologarse por el juez mediante auto, y si no se alcanza, deberá darse por finalizado el procedimiento de mediación por el juez mediante auto para proceder a continuar con la pieza principal.