

Trabajo Fin de Grado

EL ENCAJE DE LA MEDIACIÓN EN EL PROCESO PENAL
ESPAÑOL

THE ENCOURAGEMENT OF MEDIATION IN THE SPANISH
CRIMINAL PROCESS

Autor/es

Pablo Ferrer Giménez

Director/es

Juan Francisco Herrero Perezagua

Facultad de Derecho

2017

ÍNDICE

Página

I. ABREVIATURAS	3
II. INTRODUCCIÓN.....	4
III. JUSTICIA RESTAURATIVA Y MEDIACIÓN PENAL.....	5
1. CONCEPTO Y ELEMENTOS QUE CARACTERIZAN LA MEDIACIÓN	6
2. LA FIGURA DEL MEDIADOR	10
3. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA MEDIACIÓN.....	12
4. EL PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN.....	15
5. EL ACUERDO DE MEDIACIÓN Y SU EFICACIA.....	17
IV. LA MEDIACIÓN Y LA TENSIÓN DE LOS PRINCIPIOS Y GARANTIAS EN JUEGO.....	21
V. LA MEDIACION PENAL EN ESPAÑA	27
1. NORMATIVA	27
1.1. Referencias internacionales y comunitarias	27
1.2. Normativa Española	29
2. PRÁCTICA DE LA MEDIACIÓN EN ESPAÑA.....	29
2.1. Mediación penal en justicia de menores	30
2.2. Experiencia de la mediación penitenciaria.....	31
2.3. Mediación Penal en Aragón. Asociación ¿Hablemos?	32
VI. UNA VISTA AL FUTURO, CONCLUSIONES Y PROPOSICIONES NORMATIVAS.....	33
VII. BIBLIOGRAFÍA	37

I. ABREVIATURAS

CE: Constitución Española

CP: Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

LEC: Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

LECrim: Real decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal

LOMPIVG: Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

LOPJ: Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

LORPM: Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

UE: Unión Europea

II. INTRODUCCIÓN

En este trabajo se va a desarrollar una de las cuestiones referentes del presente y, sobre todo, del futuro cercano de nuestro sistema jurídico, como es el encaje de la mediación en el proceso penal. La deriva jurídica europea e internacional en la actualidad muestra cómo se está fomentando la puesta en práctica de un sistema de justicia restaurativa que complemente y mejore el sistema judicial retributivo ordinario, surgiendo en este ámbito, la incógnita sobre la viabilidad de introducir la mediación penal en nuestro proceso judicial.

El interés sobre el análisis de la introducción de la mediación en el proceso penal radica en primer lugar, en la mirada inquieta que debe tener el estudioso del Derecho, que busca un perfeccionamiento constante de nuestro sistema judicial, ajustándolo a las necesidades que experimenta la sociedad, observándose como las experiencias obtenidas en la práctica de la mediación han dado resultados positivos, reforzando la posición de la víctima, al promover su reparación de una forma más efectiva y satisfactoria, e impulsando la resocialización del agresor. En segundo lugar, la búsqueda del perfeccionamiento debe de cumplimentarse con el análisis de las diferentes proposiciones normativas que se formulan sobre nuestro ordenamiento jurídico, debiendo examinarse de forma exhaustiva las modificaciones pretendidas para encajar la mediación en el ámbito penal, con la finalidad de salvaguardar nuestro sistema judicial.

El análisis de la mediación en el ámbito penal ha consistido en una primera fase de conceptualización, en la que se ha procedido a realizar un examen de su naturaleza y del procedimiento en el que se desarrolla, para poder realizar, en una segunda fase, un estudio del impacto que supone su integración para los principios y garantías que informan y rigen el proceso judicial. Una vez examinados los conflictos normativos, el trabajo persigue analizar cómo se ha procedido, en distintos ámbitos, a la práctica de la mediación en España, para poder concluir echando una vista al futuro, estableciendo lo que podrían ser las bases sobre las que se pueda fundamentar, en un futuro no tan lejano, la integración de la mediación penal en nuestro ordenamiento jurídico.

III. JUSTICIA RESTAURATIVA Y MEDIACIÓN PENAL

En los últimos años, se ha ido configurando una nueva forma de entender el sistema penal, que pugna por instalar un sistema de justicia restaurativa frente al sistema actual retributivo. El empuje de esta nueva tendencia, viene dado por una crisis de legitimidad del sistema penal, un descontento generalizado provocado por la ineficacia que se ha producido a la hora de dar una respuesta satisfactoria a los requerimientos de la sociedad y de las víctimas ante los problemas introducidos por el delito, no alcanzándose la resocialización de los delincuentes, ni una reparación óptima emocional y económica de la víctima.

En el modelo actual retributivo, el término justicia hace referencia al sistema por el que se administra justicia en el orden penal, lo que comprende el conjunto de tribunales, el proceso y sus principios y la respuesta que aquellos dan a través de este y conforme a la ley al hecho delictivo¹. A través de un rígido procedimiento judicial tasado legalmente, busca penar y castigar al delincuente, finalidad que ha ido derivando en un incremento punitivo, aumentándose el número de hechos ilícitos y la duración de las penas correspondientes, abandonando en muchas ocasiones uno de los enunciados principales de la justicia retributiva, como es la proporcionalidad de la pena respecto del hecho ilícito realizado.

Viendo necesaria por tanto una reforma de nuestro sistema, surge el concepto de justicia restaurativa o reparadora, que aunque no se acompaña de una definición universalmente válida, se define como el método de resolver los conflictos que atiende prioritariamente a la protección de la víctima y al restablecimiento de la paz social, mediante el diálogo comunitario y el encuentro personal entre los directamente afectados, con el objeto de satisfacer de modo efectivo las necesidades puestas de manifiesto por los mismos, devolviéndoles una parte significativa de la disponibilidad sobre el proceso y sus eventuales soluciones, procurando la responsabilización del infractor y la reparación de las heridas personales y sociales provocadas por el delito.²

¹ HERRERO PEREZAGUA, *Lo jurisdiccional en entredicho* Thomson Reuters-Aranzadi, 2014. p 27

² SEGOVIA BERNABÉ y RÍOS MARTÍN, «Diálogo, justicia restaurativa y mediación», Consultado en www.caritas.es. pp77 ss. Día de consulta 4/05/2017

Esta nueva forma de entender la justicia, refleja un conflicto entre personas, que no puede resolverse solo infligiendo un castigo al delincuente, sino procurando su rehabilitación por la vía de que tome conciencia del mal realizado a la víctima y a la propia comunidad y de que proceda a su subsanación mediante la restauración del daño causado³. Es en esta forma de entender el sistema penal, donde surgen numerosas propuestas de resolución de conflictos, resaltándose entre ellas el procedimiento de mediación.

1. CONCEPTO Y ELEMENTOS QUE CARACTERIZAN LA MEDIACIÓN

La mediación penal, es definida por el Consejo de Europa⁴ como el procedimiento a través del cual víctima e infractor voluntariamente, se reconocen capacidad para participar activamente en la resolución de un conflicto penal, gracias a la ayuda de un tercero imparcial, que denominamos mediador. Ante esta definición, podemos desgranar, como bien indica AGUILERA MORALES⁵, los elementos esenciales que conforman la mediación, que son: voluntariedad, confidencialidad, imparcialidad, accesibilidad, anatomía respecto del sistema de justicia penal, flexibilidad y gratuidad.

La voluntariedad, se constata como el primer y más elemental requisito del proceso de mediación, siendo esencial que las propias partes decidan de forma libre y voluntaria someterse al procedimiento. La exigencia de que el consentimiento sea ejercido de forma libre, exige que no puedan interponerse medios y acciones dirigidas a someter la voluntad de las partes, forzándolas a someterse a la mediación: sin voluntariedad, el procedimiento se vería derivado al fracaso, produciendo la nulidad del acuerdo de mediación, al vulnerarse las garantías procesales que protegen el procedimiento. Por lo tanto, cabe que las partes puedan, en cualquier momento del procedimiento, revocar su consentimiento, provocando su paralización, sin que ello pueda suponer consecuencias negativas en el posterior proceso judicial.

Desde otro punto de vista, la voluntariedad exige que las partes sean informadas del procedimiento, consecuencias y finalidad de la mediación, solo de esta manera puede quedar garantizada la voluntariedad de las partes. Actividad informadora que

³ AGUILERA MORALES. «La mediación penal: ¿quimera o realidad?» en GARCIANDÍA GONZÁLEZ y SOLETO MUÑOZ (directores) *Sobre la mediación penal*, Thomson Reuters – Aranzadi, 2012, p 315

⁴ Definición, recogida en la Recomendación N° R(99) 19, del Consejo de Europa sobre la mediación penal

⁵ AGUILERA MORALES, «La mediación penal: ¿quimera o realidad?..», cit , p 320

deberá ser llevada a cabo principalmente por el juez o fiscal, pero también por los letrados y, por supuesto, el mediador que participe en el procedimiento.

Un aspecto a tener en cuenta es conocer si cabría delegar por las partes en alguien de confianza, para que actuase en su nombre en el procedimiento. Teniendo en cuenta la finalidad del procedimiento, el hecho de buscar el resarcimiento de la víctima, hace que como regla general se pugne por evitar que las partes deleguen en terceros. Desde la postura de la parte infractora, se considera que no cabría posibilidad alguna de que pudiera acudir un tercero en su representación, debiendo prorrogarse el procedimiento o denegarse. En cambio, desde el punto de vista de la víctima, se considera que podría caber que por concurrir causas que le impidieran participar, se le permitiera delegar en alguien de su confianza, pudiendo ser el procedimiento igualmente eficaz y satisfactorio para ambos, favoreciendo que la víctima pueda acogerse a los beneficios que la mediación le supone frente al procedimiento judicial ordinario.

Supuesto aparte es el que surge cuando la víctima es una persona jurídica. En este caso, resulta evidente que será el representante de la sociedad el que participe en el procedimiento de mediación actuando.

Confidencialidad. Es de suma importancia, que lo tratado durante todo el procedimiento de mediación concluya en un acuerdo o sobre todo cuando no sea así, no pueda tener unas consecuencias jurídicas posteriores. El mediador será el encargado de redactar un acta al magistrado que corresponda, donde únicamente se informe si ha concluido o no favorablemente el procedimiento sin entrar en más consideraciones. De esta forma se respetan garantías procesales como el principio de presunción de inocencia y de no declarar contra sí mismo y, además, se fomenta que en las entrevistas se pueda actuar con mayor confianza y sinceridad ayudando a una mejor resolución del conflicto.

El mediador tendrá el deber de guardar secreto profesional, al igual que los letrados que defiendan a la víctima y agresor, restringiéndose por tanto la participación a las entrevistas que se realicen durante el procedimiento a víctima, agresor, mediador y letrados, consiguiéndose de esta forma reafirmar la confidencialidad de la mediación.

Imparcialidad: El mediador debe de actuar promoviendo que se alcance un acuerdo entre víctima y agresor, pero desde una postura neutra, es decir, fomentará y

propondrá la toma de soluciones sin actuar en favor o en contra de ninguna de las partes.

La neutralidad también se tiene que ver reflejada en determinados aspectos del proceso, como el lugar donde se celebre. Debemos de tener en cuenta que es importante que el procedimiento de mediación se celebre en un lugar accesible para ambas partes aunque por regla general se realizará en sede judicial, se puede llegar a un acuerdo entre las partes para celebrarlo en algún otro lugar. Un hecho conflictivo podría darse si una de las partes se encuentra en prisión o internada en un centro psiquiátrico en estas circunstancias, se vería recomendable que la mediación se produjera en otro lugar, teniendo en cuenta que el hecho de que se celebre en dichos lugares, podría condicionar negativamente a una de las partes, por los prejuicios que podrían considerarse.

Accesibilidad y autonomía respecto del sistema de justicia penal. El procedimiento de mediación, si atendemos a su vertiente intraprocesal, es considerado como un instrumento dentro del proceso penal que podría llevarse a cabo en cualquiera de las fases procesales, siendo accesible tanto en instrucción, enjuiciamiento como en fase de ejecución. Aunque se postula como un instrumento autónomo dentro del proceso judicial, es innegable que el hecho de estar en una fase u otra del proceso va a tener una incidencia en el desarrollo del procedimiento de mediación.

En fase de instrucción, en cuanto el juez de instrucción incoe diligencias previas, podrá, si tal es la voluntad de las partes, promover que se realice el procedimiento de mediación. Se llevará a cabo antes de que se dicte auto de Procedimiento Abreviado, para poder reflejar en el escrito de la acusación de conclusiones provisionales el acuerdo de reparación al que se haya podido llegar.

En fase de enjuiciamiento, el acuerdo de reparación alcanzado, podrá reflejarse siguiendo el procedimiento de conformidad actualmente regulado en el art 787 LECrim, es decir, solicitándose que se dicte sentencia de conformidad, y posibilitando modificar el escrito de acusación para incorporar el acuerdo al que se haya llegado *inter partes*.

Por último, en fase ejecutiva, una vez se haya dictado sentencia, el acuerdo de reparación al que se haya llegado en el procedimiento de mediación, podrá tener

incidencia a la hora de promover suspensiones de condena, sustituciones de la misma o informes para que se conceda un indulto.

Por tanto, vemos cómo el procedimiento de mediación se postula como instrumento de la Administración de Justicia, pero con cierta independencia del Poder Judicial.⁶

Flexibilidad, es un elemento característico del procedimiento de mediación, que lo diferencia del procedimiento judicial ordinario, ya que en la mediación se puede llevar a cabo una flexibilización tanto de los plazos como de las propias actuaciones procesales como las entrevistas con las partes.

En lo relativo a la duración del procedimiento, no se establece una rigidez en los plazos pudiendo estos modificarse a la conveniencia de las partes, pero siempre dentro de un plazo razonable, teniendo presente que una dilación indebida de los plazos puede llegar a afectar al proceso, será el mediador el que en un primer momento se encargará de controlar los tiempos procesales.

Por tanto, teniendo presente este límite, el procedimiento podrá suspenderse o acelerarse en virtud de cómo se vayan celebrando las reuniones o de las circunstancias que puedan surgir en cada caso.

La flexibilidad del procedimiento también se pone de manifiesto en cuanto, siempre con el consentimiento de las partes, se pueda modificar tanto el orden, como la cantidad de las distintas reuniones entre las partes, de la forma que mejor convenga para la resolución del conflicto. Otro reflejo de la flexibilidad es la capacidad ya citada para elegir el lugar de las reuniones entre las partes, no teniendo por qué ser el mismo en cada una de las reuniones, pero siempre respetando el principio de imparcialidad.

Gratuidad. El procedimiento de mediación como instrumento del sistema de la Administración de Justicia, debe regirse en el ámbito económico de igual forma que el proceso ordinario. Por tanto, la actuación de someterse a mediación, se llevará a cabo sin más costes para las partes que los que suponen el mismo procedimiento judicial.

⁶ En el mismo sentido MARTÍN DÍZ, F., *La mediación: sistema complementario de Administración de Justicia*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2010, p 331.

La gratuidad permite que toda persona, con independencia de su poder económico pueda acceder a este instrumento jurídico, cumpliendo con el principio de igualdad, debido a que si fuera preceptivo el pago de una suma importante de dinero, podría limitarse el acceso para una parte de la sociedad que no podría costearlo. Para los supuestos en los que no fuera posible costearse por alguna parte, ni los gastos propios del proceso, hay que destacar como el procedimiento de mediación también quedaría integrado dentro de la justicia gratuita que otorga nuestro sistema penal, lo que exige una reforma legal en tal sentido y una voluntad del Estado de asumir esta carga presupuestaria.

2. LA FIGURA DEL MEDIADOR

Una figura esencial de la mediación, es el mediador, definido como tercero neutral que se sitúa entre las partes, para acercar posturas, profundizar en el conflicto, y hacer entender a las partes los intereses y posiciones de sus contendientes.⁷

Su característica esencial es su neutralidad, cumpliendo con el carácter imparcial de la mediación el mediador no puede posicionarse a favor de ninguna de las partes, ni tener intereses relacionados con el conflicto que puedan influir en sus actuaciones, como tampoco puede expresar sus propias opiniones. El mediador tiene, como función principal, llevar a cabo las entrevistas y mediar en las negociaciones, velando en todo momento por la legalidad y buen cauce del procedimiento, para conseguir que finalice de forma satisfactoria para ambas partes.

Las partes, antes de iniciar el procedimiento mediador, tienen libertad a la hora de elegir a la persona que va a ejercer el cargo de mediador en el procedimiento al que se van a someter, por tanto, ambas partes deberán de prestar conformidad en la elección para que tal nombramiento sea válido.

En cuanto a las exigencias profesionales requeridas para poder ejercer de mediador, es destacable lo enunciado por la Recomendación nº (99)19 del Comité de Ministros de la Unión Europea relativa a la mediación penal, que enuncia en sus apartados 22, 23, 24 que los mediadores «deben ser recabados de todos los sectores sociales y deben poseer un buen conocimiento y entendimiento de las culturas y

⁷ ZAFRA ESPINOSA «La mediación penal: una alternativa a la resocialización», En GARCIANDÍA GONZÁLEZ y SOLETO MUÑOZ (directores) *Sobre la mediación penal*, Thomson Reuters – Aranzadi, 2012, p 113

comunidades locales», también, añade que «deben estar capacitados para demostrar un criterio de justicia equilibrado y contar con las capacidades personales necesarias para el proceso de mediación» y, por último, recalca la necesidad de que reciban «una formación inicial antes de llevar a cabo el proceso de mediación»

Teniendo en cuenta las indicaciones del Comité de Ministros de la Unión Europea, podemos decir que se presenta como esencial un conocimiento jurídico, tanto en el ámbito procesal, como en el penal, debiendo informar en todo momento a las partes de las posibilidades procesales de que gozan y las consecuencias jurídicas de los actos que lleven a cabo. Ahora bien, no tiene que ser este su único conocimiento, ya que durante la mediación, en las reuniones y negociaciones va a tener que conocer disciplinas psicológicas y pedagógicas al fomentar el acuerdo entre las partes.

En determinados conflictos, puede verse necesario que el mediador precise de unos conocimientos específicos, ya sea en el ámbito económico, tecnológico, farmacológico...etc., en estos casos, encajaría la comediación. Este formato, presenta la posibilidad de afrontar el proceso, de los casos más complejos, o en los que se desarrolle un tema específico, con la actuación y participación de dos mediadores, pudiendo estar cada uno especializado en una materia concreta.

En este sentido, se exigirá para acreditar sus conocimientos, un título universitario y la capacitación específica de mediador que certificara una formación inicial en esta disciplina.

Para ello, en el ámbito penal ZAFRA ESPINOSA presenta como ideal «la actuación de un colegio de mediadores (entendido como el conjunto de mediadores que actúan bajo el principio de colegiación), en el que se integren mediadores de distintas disciplinas que logren que las partes lleguen a un acuerdo satisfactorio»⁸.

La comediación, a pesar de todas las ventajas que supone para el procedimiento, ha de destacarse que no puede verse utilizada de forma generalizada, manteniéndose como una excepción para determinados conflictos, teniendo en cuenta que, de otro modo, quebraría el principio de economía procesal, debiendo de asumir el estado el doble de gastos.

⁸ ZAFRA ESPINOSA «La mediación penal: una alternativa a la resocialización» cit, p 114

3. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA MEDIACIÓN

A la hora de introducir la mediación en el ámbito penal, un aspecto a determinar es sobre qué tipo de delitos y qué infractores y víctimas van a poder someterse al procedimiento.

En primer lugar, hay diversas opiniones acerca de si cualquier tipo es susceptible de resolverse a través de la mediación. Un sector de la crítica, aboga por incluir como viables únicamente los delitos menos graves y leves, entendiendo que al ser conductas menos reprobables para la sociedad, será más fácil llegar a un acuerdo. Respecto a esta postura, considero que si mantenemos la finalidad de la mediación, buscando una mejor y más rápida resolución de los conflictos, a través del diálogo y procurando la resocialización del agresor y la reparación de la víctima, no tiene sentido que lo que funciona para unos delitos menores, no sirva para el resto de tipos delictivos, debiendo observar las características concretas de cada caso.

Si introducimos la mediación, para un listado cerrado de tipos penológicos, quedando únicamente viables las conductas bagatelarias, podríamos decir que la mediación en el ámbito penal ha fracasado, no pudiendo alcanzar los objetivos que persigue e intenta introducir en nuestro sistema penal. Por tanto, siempre que el juez y las partes consideren que la mediación puede ser un instrumento adecuado para solucionar el conflicto penal, deberá procederse a dar inicio al procedimiento.

Hay situaciones que por su naturaleza, pueden generar diversas complicaciones. Uno de estos conflictos es el relacionado con los delitos de violencia de género. A este respecto, la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de noviembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (LOMPIVG), introduce en la LOPJ el artículo 87 *ter*, que expresa en su apartado 5 que en estos casos «está vedada la mediación». Por tanto la ley establece una prohibición plena, provocando que en ningún caso estos delitos sean viables para someterse a mediación. Sobre esta prohibición, muchos autores se han pronunciado tanto a favor como en contra.

A favor de tal prohibición, se sitúan autores como GARCÍA TORRES⁹, que defiende esta postura argumentando el latente desequilibrio de poder que afecta a la voluntad de las partes, observándose cómo la víctima se posicionaría en una situación

⁹ GARCÍA TORRES, M. L., «La mediación penal. Especial atención a la mediación en los delitos sexuales y familiares», en *La ley penal*, num. 73, año VII, julio-agosto de 2010, p 43

inicial de debilidad por el maltrato sufrido y la posición dominante que se impone en muchos casos del agresor sobre la víctima, produciendo una dependencia tanto psicológica, emocional y puede que incluso social y económica, que devengue perjudicial un enfrentamiento directo con el agresor.

Por el contrario, otro sector critica esta medida, entendiendo que no en todos los supuestos de violencia de género se dan las mismas características, encontrando necesario que se examine cada caso de forma individual, por lo que carece de una prohibición absoluta. Además, se critica que la política actual utilizada de pugnar por un aumento punitivo y establecer medidas preventivas como la orden de alejamiento, no ha conseguido solventar el grave problema que supone en nuestra sociedad estos tipos delictivos, proponiendo que se intenten nuevas vías de resolución de conflictos (como es la mediación), que complementen la política actual. En este sentido, OUBIÑA BARBOLLA¹⁰, señala que la mediación, no tiene por qué verse como una solución laxa para el maltratador, sino como un complemento a la respuesta jurídica, que puede resultar verdaderamente útil en casos de menor grado de violencia, donde no resulte acertado ignorar la voluntad de la víctima.

Otro punto que debemos abordar, es la viabilidad en determinados supuestos de la mediación, desde el punto de vista del agresor o infractor.

Un supuesto a analizar es en el que el agresor posee antecedentes penales o es reincidente. El hecho de que el agresor tenga antecedentes penales no tiene por qué afectar al procedimiento de mediación, debemos de tener claro que cada ilícito debe tener una acción jurídica individualizada. De hecho, en estos supuestos, es precisamente donde se observa la necesidad de nuevas vías de resocialización, al ver como personas que ya han sido condenadas vuelven a delinquir, no consiguiendo salir de la esfera de criminalidad en la que se encuentran.

Por el contrario, el supuesto en el que el agresor sea reincidente de un delito que ya fue sometido a mediación, puede generar más dudas. Pero en este punto, debemos tener en cuenta la voluntad de la víctima, si aun siendo informada de la situación del agresor, desea continuar adelante para favorecerse de los beneficios del procedimiento,

¹⁰ OUBIÑA BARBOLLA, «La distancia que les separan, la distancia que nos separa: mediación en casos de violencia doméstica en España y en otros sistemas», en GARCIANDÍA GONZÁLEZ y SOLETO MUÑOZ *Sobre la mediación penal*, Thomson Reuters – Aranzadi, 2012., p 190

considero que no debería de negarse su desarrollo, siendo como siempre analizado cada caso de forma particular, pudiendo acontecer situaciones muy diferentes aun siendo reincidentes.

También se plantean dudas sobre la viabilidad de la mediación en los supuestos en los que sean varios los agresores, pero solo uno quiera someterse a mediación. En este caso, como defiende gran parte de la crítica, se podría ver vulnerado el derecho de presunción de inocencia, a través de una declaración de culpabilidad o un reconocimiento de los hechos de los presuntos agresores, condicionando por tanto la situación jurídica del resto de los agresores.

En cambio, también es defendible que encontramos ante una situación similar a la que se produce en el momento en el que una de las partes, decide no llegar a un acuerdo, abandonando la mediación, dirigiéndose al procedimiento judicial ordinario, en este caso la información obtenida durante la negociación, ha quedado claro como devendrá ineficaz en un posterior procedimiento, por lo tanto aplicando analógicamente este mismo efecto, no tendrían, por qué afectar las declaraciones de uno de los agresores en mediación al resto.

Desde el lado de la víctima, igualmente surgen determinadas situaciones que deben de ser analizadas.

En primer lugar, cuando la víctima fuera menor de edad, deben tenerse en cuenta los problemas que surgen a la hora de determinar la voluntad para someterse al procedimiento, por la falta de capacidad de decisión que puede observarse. Por esta razón, habría que tomar en consideración en gran medida la voluntad de los que ostenten su patria potestad, pudiendo actuar en el procedimiento de mediación en su representación, si así lo quieren, no dando lugar a más inconvenientes.

Distinto supuesto a tener en cuenta, es el caso, en el que la víctima no tuviera pleno uso de sus facultades mentales. El mediador, en las entrevistas personales que realizará, deberá comprobar la situación de cada una de las partes, y en cuanto observara alguna discordancia en lo que a las facultades mentales se refiere, deberá comunicárselo al juez, para que pueda pedir informes médicos, o que se le practique una prueba por el médico forense para comprobar el estado mental del sujeto. En el caso, de que se comprobara que no está en condiciones de someterse al procedimiento de mediación, no

podrá iniciarse este, suspendiéndose en el caso de que se hubiera iniciado, remitiéndose la causa al procedimiento judicial ordinario.

4. EL PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN

A falta de una regulación legal, que lo determine de forma específica, en la doctrina se ha destacado cómo la mediación no está constituida por un solo acto, como ocurriría con la conciliación judicial, sino que es un procedimiento estructurado en varias fases: premediación, mediación y posmediación¹¹.

La fase de premediación, o fase de contacto, es una fase principalmente informativa. El mediador, en un primer momento se pondrá en contacto con las partes, primero con el agresor y, posteriormente, tras conocer la voluntariedad de este a someterse, se pondrá en contacto con la víctima, de esta forma se puede evitar la posible frustración que sufra la víctima ante el rechazo del agresor. En esta primera toma de contacto, se deberá informar a las partes sobre el procedimiento de mediación, indicando de qué se trata, de las fases que tiene, los derechos, deberes y garantías que tienen durante el procedimiento, las consecuencias jurídicas que presenta y las propias limitaciones de la mediación.

Una vez que el mediador compruebe la voluntad de ambas partes para someterse a mediación, emitirá un informe en el que determinará la voluntad de las partes y se pronunciará sobre la idoneidad del procedimiento.

Concluido este trámite, se procederá a derivar el expediente judicial. Si el procedimiento judicial se encuentra en fase de instrucción, se incluirán las diligencias practicadas, copia de informes periciales, y si se encuentra en fase de enjuiciamiento, deberá añadirse copia de los escritos de acusación y defensa. Por otro lado, si estamos ante un procedimiento en fase de ejecución, deberá darse traslado de la sentencia judicial dictaminada.

Una vez finalizada la fase informativa, inicia la fase central del proceso, la mediación, que recoge tres actividades: fase de entrevistas individualizadas, fase de encuentro dialogado, y fase de acuerdo. En primer lugar, el mediador llevará a cabo entrevistas personales, siguiendo con el orden que se ha establecido, se procederá

¹¹ PETZOLD RODRIGUEZ, H., «Algunas consideraciones sobre la labor del mediador penal» en *Revista de filosofía jurídica, social y política*, num 15, 2008, pp 115-116.

primero a entrevistar al agresor y posteriormente a la víctima, sin olvidar que el elemento de flexibilidad de este procedimiento permitiría que ante cualquier circunstancia que lo motivase, se modificara el orden y número de entrevistas y reuniones. En estas primeras entrevistas el mediador observará dónde residen los puntos críticos del conflicto, sobre los que se tendrá que llegar a un acuerdo.

Cuando el mediador considere que hay una predisposición suficiente para afrontar el conflicto, darán comienzo las reuniones conjuntas. Como indica ZAFRA ESPINOSA¹², con este acercamiento entre agresor y víctima se pretende que ambas partes puedan llegar a entender cuáles son las percepciones subjetivas de cada uno, la víctima se dispondrá a entender las razones que llevaron al agresor a cometer el delito, y el agresor deberá intentar comprender el sentimiento de miedo y frustración que haya podido producir a la víctima, entendiéndose este proceso como el punto crucial de la mediación.

En las reuniones conjuntas, las partes con ayuda del mediador, que, aunque como se ha indicado, no podrá ofrecer soluciones ni dar su opinión, fomentará la toma de acuerdos, se conseguirá un acercamiento entre las posturas de las partes, consiguiendo de esta forma dar fin al conflicto.

Cuando las partes lleguen a un acuerdo, se verá reflejado en el acta de reparación, que será redactada por el mediador, dando fin a esta segunda fase. Este escrito deberá contener aspectos como la identidad de los participantes en el procedimiento, el objeto del procedimiento y los pactos a los que se haya llegado, debiendo de ser firmada por los tres sujetos intervinientes, agresor, víctima y mediador (o mediadores si es comediación). Junto a esa acta de reparación el mediador redactará un breve informe en el que dejará constancia de que el proceso de mediación se ha desarrollado de manera exitosa, y si por el contrario, el procedimiento finalizase sin acuerdo, reflejará en dicha acta la imposibilidad de finalizar la mediación con el acta de reparación, pero sin indicar ningún aspecto relativo a las razones por las que no se ha podido alcanzar dicho acuerdo, ni lo sucedido durante el procedimiento.

La fase de posmediación, también llamada ejecutoria tiene como objetivo llevar a cabo un seguimiento del pacto alcanzado y su posterior homologación, debiendo

¹² ZAFRA ESPINOSA., «La mediación: una alternativa a la resocialización». Cit. p 119

concretar su eficacia. Como indica GARCÍANDÍA GONZÁLEZ¹³, la cuestión que cabe dilucidar ha de ser si la vía de mediación ha de impedir, y en qué casos, la incoación del proceso penal; si ha de producir el efecto de interrumpir su desarrollo; y si ha de jugar o no como una alternativa a la pena o medida que, conforme a la ley penal, el hecho delictivo merezca.

5. EL ACUERDO DE MEDIACIÓN Y SU EFICACIA

El acuerdo es la representación de una culminación exitosa del procedimiento de mediación, y apoyándonos en el trabajo llevado a cabo por el CGPJ¹⁴, sobre la experiencia de la justicia restaurativa en España, podemos resaltar las características que este debe reunir.

- Debe beneficiar a las personas que lo acuerdan. Es innegable que para que las partes tengan voluntad de someterse a este procedimiento, es necesario que ofrezca algún beneficio, debiendo producir el acuerdo beneficios a ambas partes.

- Tiene que ser de posible ejecución. Para evitar una posible frustración de la víctima, es esencial que el mediador, observe la viabilidad del acuerdo que se ha propuesto el agresor. Es inevitable pensar en aquellos casos, donde se pueda ofrecer una reparación económica a la víctima, obteniendo los beneficios del procedimiento, para posteriormente declararse insolvente.

- Debe respetar siempre la dignidad y la legalidad. El objeto del acuerdo, en ningún momento podrá consistir en la realización de una actividad delictiva, o que humille a el sujeto que la lleva a cabo menoscabando su dignidad.

- Debe ser proporcional. El acuerdo deberá mostrar necesariamente una correlación entre la naturaleza, gravedad y repercusiones lesivas de la infracción cometida y el tipo de obligación pactada.

- No debe tener contenido punitivo. Hay que tener presente que el procedimiento de mediación, no tiene la finalidad de imponer un castigo al agresor, no busca sustituir el modelo retributivo, sino que pretende complementarlo y mejorarlo, buscando una

¹³ GARCÍANDÍA GONZÁLEZ «La regularización de la mediación penal en España: opciones legislativas y contenidos mínimos.» En GARCÍANDÍA GONZÁLEZ y SOLETO MUÑOZ (directores) *Sobre la mediación pena*,. Thomson Reuters – Aranzadi, 2012, p 438.

¹⁴ RIOS MARTÍN et al., *Justicia restaurativa y mediación penal. Análisis de una experiencia (2005-2008)*. Accesible en www.poderjudicial.es

reparación de la víctima junto o en lugar del castigo que sea impuesto en el procedimiento judicial ordinario.

Por lo tanto, en cuanto al contenido del acuerdo podemos ver que, de forma reglada, únicamente está constatado lo enunciado por el CP en sus preceptos 109 a 115, que regulan la extensión de la responsabilidad civil, abriendo un abanico muy grande de posibilidades de actuación, al determinar que la reparación de la víctima integrará: la restitución, reparación del daño e indemnización de perjuicios materiales y morales, dejando opción para una multitud de actuaciones reparadoras.

Acudiendo a los análisis que se han realizado sobre este tema¹⁵, podemos observar cómo llevan a cabo una diferenciación entre un contenido material y uno simbólico. La reparación material hace referencia a una reparación económica, realizando una indemnización por los daños sufridos, que serán valorados por el Ministerio Fiscal si nos encontramos en fase de enjuiciamiento, o por un perito si el procedimiento se encuentra en fase de instrucción. Perito que podrá ser el adscrito al juzgado correspondiente, o por un perito particular de forma excepcional, si así lo indica la voluntad de las partes.

La reparación simbólica, engloba aquellas actividades de hacer o de no hacer, llevadas a cabo por el agresor, que no sean indemnizaciones económicas, y que tengan como finalidad reparar los demás efectos negativos que haya podido desplegar la producción del hecho delictivo. Esta reparación puede resultar a través, de la realización por el agresor de prestaciones o servicios en favor de la víctima o de la comunidad, resaltándose como posibilidades: someterse a un proyecto de desintoxicación, reparar personalmente el bien dañado, reconocer los hechos expresando arrepentimiento y realizar un compromiso de que no vuelva a suceder preparando actuaciones preventivas. De esta forma, se pretende conseguir una cobertura sobre los daños psicológicos y morales, no menos importantes, que en muchas ocasiones dejan de ser reparados en el seno del procedimiento judicial ordinario.

Un tema controvertido que debe de ser analizado, es la propia eficacia del acuerdo, observando, en primer lugar, cómo se encuentra condicionada a la fase del procedimiento judicial en el que se esté desarrollando la mediación.

¹⁵ RIOS MARTÍN et al., *Justicia restaurativa y mediación penal...*, cit.

En la mediación iniciada antes del procedimiento penal, el acuerdo deberá excluir el ejercicio de la acción penal y la imposición de la pena correspondiente, siempre que se cumpla el acuerdo al que se haya llegado. Esta vía únicamente se observa aplicable a los delitos denominados privados, recogidos en el art 215 CP, al recogerse en el mismo precepto que «nadie será penado por calumnia o injuria sino en virtud de querella de la persona ofendida por el delito...», por lo tanto, en el momento en el que el acuerdo de la mediación preprocesal ponga fin al conflicto, se verá innecesario que se interponga querella por el ofendido si ya ha sido reparado, en cuanto no se incumpla el pacto.

Se considera únicamente viable que la mediación llegue a impedir la incoación del proceso penal para este tipo de delitos, entendiendo que en nuestro ordenamiento como veremos el *ius punendi* es potestad exclusiva del Estado en los delitos públicos, pudiendo actuar de oficio ante un hecho ilícito sin necesidad de denuncia o querella previa.

Por el contrario, si hablamos de una mediación intraprocesal, es decir, aquella que se desarrolla una vez ha comenzado el proceso penal, puede analizarse la forma en la que la mediación puede llegar a afectarlo. Dentro del procedimiento, deberá de diferenciarse cuando la mediación se lleve a durante la fase instructora y cuando se desarrolle una vez finalizada la misma.

En el primero de los casos, el procedimiento judicial se suspenderá hasta la finalización de la mediación, sin excluir la posibilidad de que se sigan realizando diligencias indispensables para la comprobación del delito, ya que si procediéramos a paralizar aquella actividad necesaria para la investigación del delito, estaríamos dando al agresor una ventaja que no le corresponde. En caso de alcanzarse un acuerdo con éxito, deberá de ser analizado por el Ministerio Fiscal, que tendrá dos opciones: decretar el archivo de la causa por oportunidad, imponiendo como reglas especiales los acuerdos alcanzados por las partes, o proceder por las reglas especiales del procedimiento de conformidad, incluyendo el acuerdo en la propia sentencia de conformidad.¹⁶

Si se inicia la mediación estando pendiente el juicio oral, el acuerdo tendrá relevancia en cuanto se incluya en las conclusiones definitivas y en la sentencia, pudiendo tener consideración de la atenuante recogida en el art 21.5 CP, el cual

¹⁶ GARCÍANDÍA GONZÁLEZ «La regularización de la mediación penal en España: opciones legislativas y contenidos mínimos», Cit , p 441

considera circunstancia atenuante «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 del juicio oral.».

Por último, en los casos donde las partes decidan someterse a mediación, en la fase de ejecución de la sentencia, es decir, una vez se haya dictado la pena, el acuerdo que se obtenga en mediación, plantea la posibilidad de que el agresor pueda obtener beneficios como la suspensión de la pena, y su sustitución, medidas actualmente reguladas en el Art 80 y ss CP.

Como se ha indicado, todos los beneficios que pueda obtener el agresor por haber alcanzado un acuerdo con la víctima, quedaran subordinados al cumplimiento efectivo del contrato. Por este motivo, debe de hacerse un seguimiento donde se compruebe su realización y cumplimiento. Me parece destacable la idea de que sean los órganos judiciales los encargados de llevar a cabo este seguimiento, al tener en cuenta que el mediador no dispone de facultades necesarias para esta actuación, desarrollando sus actividades únicamente durante el procedimiento de mediación

En el momento en el que se observe que se está produciendo un incumplimiento del acuerdo, se volverá a derivar el caso, al procedimiento judicial ordinario, perdiendo el agresor la posible consideración de un atenuante por reparación a la víctima, llevándose a cabo el juicio sin más consideraciones . En el caso en el que se incumpliera estando el procedimiento en fase ejecutoria, se llevará a cabo una revocación inmediata de la suspensión de la pena, o sustitución que se haya declarado.

Un aspecto relevante sobre el acuerdo de mediación, es la consideración de si cabe su posible impugnación ante los tribunales. En este sentido, MARTÍN DIZ¹⁷ se plantea la tesitura de si por un lado se debe de permitir que las partes sometidas a mediación dispongan de medios de impugnación frente al acuerdo, o no, al tratarse de una resolución distinta, diferente y regida por principios y características propias que la alejan en parte de una solución jurisdiccional.

El derecho a recurrir, viene englobado en el derecho a la tutela judicial efectiva que recoge nuestra constitución en el artículo 24.1, como garantía procesal de carácter

¹⁷ MARTÍN DIZ, «Medios de impugnación y mediación penal» en GARCIANDÍA GONZÁLEZ y SOLETO MUÑOZ *Sobre la mediación penal*, Thomson Reuters – Aranzadi, 2012, p 480

fundamental, vinculada a la solución de los conflictos en sede judicial. Por lo tanto, se considera que ante un procedimiento de mediación extrajudicial, en cuanto se desarrolla fuera del proceso judicial, no debería considerarse el derecho a recurrir, entendiendo que no puede albergar las mismas garantías, derechos y principios que un procedimiento judicial. En caso de que no se produzca la realización del acuerdo, podrá acudir el damnificado a los tribunales interponiendo demanda por incumplimiento de contrato, escapando el objeto del ámbito penal. Si por el contrario, estamos ante un procedimiento de mediación intraprocesal, debemos de tener en cuenta que el acuerdo necesitara una homologación por los órganos jurisdicciones, pudiendo la parte damnificada recurrir la resolución judicial que lo homologue, respetando de esta forma su derecho de recurso y tutela judicial efectiva.

IV. LA MEDIACIÓN Y LA TENSION DE LOS PRINCIPIOS Y GARANTIAS EN JUEGO

El proceso penal es el instrumento para ejercitar el *ius punendi* del que es titular exclusivo el Estado. Por su carácter instrumental, el proceso penal ha de adecuarse a la naturaleza y los caracteres del Derecho que en él se actúa, es decir, el Derecho Penal. Por ello, toda su articulación ha de responder a una serie de principios que lo informan y condicionan. Estos principios son: legalidad, oficialidad, necesidad e igualdad.

El principio de legalidad, de forma genérica en todo nuestro ordenamiento jurídico, se configura como la necesidad de que el proceso judicial se inicie, desarrolle y finalice conforme a la ley. En el ámbito procesal penal en particular, como indica DE LA OLIVA SANTOS¹⁸, significa además, que el parámetro legal es el único que guía la actuación de tribunales y acusador público. Observamos cómo este principio otorga una reserva legal, reflejada en el artículo 25 CE, estableciendo que «Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento», exigiendo por tanto una tipificación de los delitos y una reserva judicial, al no permitir disponer a los particulares de las consecuencias jurídico penales, siendo una atribución exclusiva de los órganos jurisdiccionales.

¹⁸ DE LA OLIVA. *Derecho procesal penal*. Ramón Areces, 7ª edición, 2004. p 43

El principio de oficialidad, conforme a la definición aportada por ARMENTA DEU¹⁹, determina que el proceso, su objeto, los actos procesales y la sentencia no están subordinados al poder de disposición de los sujetos en relación con la tutela de sus propios derechos e intereses legítimos, sino que dependen de que aquel interés público se ponga de manifiesto al tribunal y se haga valer ante situaciones previstas en la ley. Este principio, cabe matizar que no presenta la misma fuerza en todas las partes del proceso penal, distinguiéndose cómo en una primera fase instructora, presenta mayor alcance al establecerse que ante un atisbo de actividad ilícita, el juez deberá ser informado por el Ministerio Fiscal, como por los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, o bien podrá él mismo iniciar *ex officio* el proceso penal, dando cuenta al Ministerio Fiscal. En cambio, en la fase del juicio oral, la fuerza de este principio decae ante una mayor presencia del principio acusatorio.

El principio de necesidad, hace referencia, a la necesaria existencia de una actividad jurisdiccional conforme a la legalidad, para poder aplicar la pena ante la existencia de un hecho delictivo. Este principio observado desde un punto de vista riguroso, excluye toda posibilidad, de que como podría ocurrir con la mediación, se produjesen potestades discrecionales para acabar el proceso, al establecer como necesario la existencia de un proceso tasado legalmente. En este sentido, MONTERO AROCA²⁰, señala que tal regulación sirve a la finalidad de prevenir que los particulares dispongan de la imposición de la pena, resaltando que el interés público, el de la comunidad, impone que el Derecho penal se actúe de modo necesario.

El principio de igualdad, como indica DE LA OLIVA SANTOS²¹, establece como exigencia elemental de la justicia, el postulado de que las distintas partes del proceso dispongan de iguales medios para defender sus respectivas posiciones, esto es, dispongan de iguales derechos procesales, de oportunidades y de posibilidades similares para sostener y fundamentar lo que cada cual estime conveniente. Ahora bien, este principio no se refleja con igual intensidad en todas las partes del proceso penal, debiéndose destacar como, en la fase de instrucción hay una aparente desigualdad entre las partes, que tiene su explicación, como forma de contrarrestar de alguna manera la ventaja que puede tener el acusado que ha cometido el hecho delictivo. Por otro lado, en

¹⁹ ARMENTA DEU. *Lecciones de Derecho procesal penal*, Marcia Pons, 9ª edición, 2016. pp 39 y 40.

²⁰ MONTERO AROCA. *Derecho jurisdiccional* I. Parte General., Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p 298.

²¹ DE LA OLIVA SANTOS. *Derecho procesal penal*, cit, p 54

la fase del juicio oral se representa este principio con mayor intensidad, respetándose todas sus exigencias.

Estos principios, entran en tensión al introducir la mediación en el proceso penal. En primer lugar, al poder llegar a otorgar mayor poder de actuación y de decisión a los particulares, vemos como podría vulnerarse el principio de legalidad, en cuanto el procedimiento de mediación culmine con una cuerdo inter partes, que establezca un tipo delictivo diferente al que le correspondería a la actuación ilícita realizada, o una graduación penológica distinta de la que se hubiera aplicado en sede judicial.

Llevado a la práctica judicial, podría darse el caso que, ante un delito de lesiones, se establezca en el acuerdo de mediación una pena de multa de uno a tres meses del 147.2 CP, cuando por el tratamiento realizado, se trata de un ilícito catalogado en el 147.1 CP con una pena privativa de libertad de tres meses a tres años.

Pero el principio de legalidad, no sería el único que podría ser vulnerado, queda evidente cómo al seguir el procedimiento de medicación para acordar una pena, las partes se distancian del procedimiento judicial, viéndose menoscabados de igual manera los principios de necesidad y oficialidad. Por un lado desaparecería la exigencia que establecía el primero de ellos, viéndose innecesaria la existencia de una actividad jurisdiccional para poder aplicar la pena, pudiendo ser impuesta de mutuo acuerdo entre las partes en el acuerdo de mediación, y en segundo lugar vemos cómo el proceso y los actos procesales que lo conforman quedarían subordinados a la disposición de las partes, prevaleciendo su voluntad al interés público.

Respecto al principio de igualdad, con aplicación del procedimiento de mediación en el ámbito penal, podría verse vulnerado en cuanto se estableciese una mediación al margen del proceso, donde no se pudiese asegurar una situación de igualdad entre las partes dejando abierta la posibilidad de que se viera beneficiada la parte con un mayor poder económico, a través del cual someta a la parte contraria, teniendo más facilidad para reparar el daño a la víctima eludiendo con una mayor facilidad el proceso penal actual.

A luz de estos principios, queda claro que, en la actualidad, la ley impide que los sujetos implicados en un conflicto penal de dimensión pública, puedan por su sola voluntad sustraer tal conflicto de la decisión de los órganos jurisdiccionales o influir

decisivamente en el proceso necesario para resolverlo. Por lo tanto, bajo esta interpretación de los principios constitucionales, se considera necesario, establecer severos cambios en el ordenamiento jurídico penal español para poder incluir en el mismo el mecanismo de mediación.

Modificaciones que no deben dirigirse únicamente hacia los principios constitucionales mencionados, sino que también deberán cubrir el ámbito de determinadas garantías procesales que entrarían en conflicto con el procedimiento de mediación. Entre estas garantías procesales en conflicto, acorde con lo ilustrado por AGUILERA MORALES²² podemos destacar el derecho a la presunción de inocencia, el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, todas ellas reguladas, en el precepto 24.2 de nuestra Constitución.

El derecho a la presunción de inocencia ofrece tres diferentes vertientes. Desde un punto de vista estructural de la justicia penal, observamos cómo es un criterio determinante sobre el que se desarrolla el propio proceso penal, por otro lado, se ejerce la presunción de inocencia como una regla a la hora de tratar al imputado durante el proceso. Por último se observa la vertiente de entender la presunción de inocencia como una regla de juicio fáctico de la sentencia penal, al establecer una serie de requisitos para poder alcanzar legítimamente un juicio de culpabilidad del acusado en el proceso penal, destacándose como tales requisitos: actividad probatoria de cargo debidamente practicada, mínima actividad probatoria acusadora y objetivamente incriminatoria, y prueba adquirida y practicada atendiendo a todas las garantías procesales pertinentes.

Por tanto, teniendo en cuenta el alcance del derecho a la presunción de inocencia, se manifiestan dos posibles situaciones en el proceso de mediación que podrían poner en conflicto este derecho, distinguiéndose el proceso en el que culmine la mediación con un acuerdo, y el supuesto en el que no se alcance tal acuerdo inter partes.

Por un lado, se destaca la posibilidad de que la sola decisión del infractor de someterse a mediación pueda, en el supuesto de que no se alcanzase acuerdo inter partes, tener en un momento posterior trascendencia probatoria, pudiendo llegar a ser valorada a la hora de fundamentar una sentencia condenatoria.

²² AGUILERA MORALES, «La mediación penal: ¿quimera o realidad?», *Cit pp 335 y ss*

Y por otro lado, se observa la posibilidad de que si llegase a cristalizarse un acuerdo entre las partes, se pudieran establecer la imposición de penas, más favorables que si no se hubiera llegado a un acuerdo, sin que se haya desarrollado toda la actividad probatoria necesaria para poder fundar un juicio de culpabilidad, traspasando de tal forma la presunción de inocencia del acusado.

En lo que respecta al derecho de no declarar contra sí mismo, y a no declararse culpable, es destacable, su férrea vinculación con la voluntariedad de las actuaciones del acusado, faceta que como sabemos se proclama como imprescindible en el procedimiento de mediación. Estos derechos constitucionales se encontrarían en riesgo en la factible situación en la que el acusado se viera presionado a someterse a mediación, por el propio proceso, que le empujare a mediar y a llegar a un acuerdo, declarándose por tanto culpable en aras, ya no a proceder a la reparación del daño causado a la víctima, ni por la más que posible reducción penológica, sino con la finalidad de evitar las agravantes que pueden derivarse de un rechazo al sometimiento del proceso mediador, a la hora de proceder con el proceso penal ordinario.

Un reflejo del alcance de esta situación lo encontramos en la práctica jurídica actual, en la conformidad procesal, regulada en los preceptos 655 y 688ss LECrim, donde a la hora de llevarla a la práctica se ha traslucido una voluntariedad más ficticia que real. En ocasiones, con vistas a un acuerdo de conformidad que rebaje la pena, el Ministerio Fiscal presenta una solicitud al alza de la pena, viéndose como un prejuicio para aquel acusado que en consonancia con sus derechos procesales rehúsa someterse a la misma.

Ahora bien, entre los principios y garantías procesales que se encuentran en tensión con el proceso de mediación, emerge del ordenamiento jurídico como un pilar fundamental de la mediación, el principio de oportunidad. El legislador, ha visto cómo uno de sus retos ha sido introducir dicho principio en el proceso penal, encontrando la confrontación, ya citada, de esta moderna configuración de justicia restaurativa, y la justicia ordinaria actual retributiva.

Aunque ahora no nos detendremos en posibles soluciones para lograr la inclusión plena del principio de oportunidad, conviene destacar la importancia que sustenta en lo que al proceso de mediación se refiere. El principio de oportunidad se establece como

una excepción al principio de legalidad, y preocupantemente sufre en nuestro ordenamiento jurídico una tremenda indefinición, a pesar de que se manifiesta en numerosas prácticas jurídicas, que van desde el ejercicio de la acusación de forma absolutamente discrecional a múltiples variantes de finalización del proceso anticipadamente, incluyendo variantes de negociación, previsiones legales de cerrar la investigación sobre determinados hechos delictivos, eliminación de la fase investigadora, eliminación de la necesidad de celebrar juicio o incremento de procesos especiales.

Por tanto, observamos cómo el principio de oportunidad puede decretarse como la vía a través de la cual pueda introducirse la mediación en nuestro proceso penal, al igual que ocurrió con procedimiento abreviado y la consiguiente conformidad con la reforma operada por la LO 7/1988 de 28 de Diciembre.

En lo relativo a la defensa del principio de oportunidad, en cuanto a su incidencia e integración en nuestro proceso penal, podemos ver una gran variedad de posturas doctrinales. Entre todas ellas, es destacable, lo señalado por FLORES DE PRADA²³ y ORTIZ ÚRCULO,²⁴ indicando una interpretación del artículo 25 CE, a través de la cual se establece como facultativo el ejercicio del *ius puniendi* estatal por parte de los órganos jurisdiccionales, no habiendo un derecho fundamental de acción penal, sino de obtener una respuesta motivada cuando se ejercite la misma. De esta forma se configura un Estado que podría perseguir o dejar de perseguir conductas tipificadas como delito, o hacerlo al margen del campo penal o con penas más leves o medidas distintas, cuando concurren determinadas circunstancias tasadas en la ley o libremente apreciadas, llegando a dictaminar decisiones procesales cuando existan indicios de delito sin necesidad de proceso o juicio. De esta forma, al realizar una interpretación amplia del principio de legalidad, establecen una posible apertura de nuestro ordenamiento jurídico, dando entrada, a nuevos métodos de solución de conflictos, como es el caso del procedimiento de mediación en el ámbito penal.

A pesar de las interpretaciones que puedan llevarse a cabo, lo que no se puede descuidar es la imperiosa necesidad de mantener la seguridad jurídica de nuestro

²³ FLORES DE PRADA: «Discrecionalidad implícita y oportunidad reglada» En *El Ministerio Fiscal en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999 pp 578 ss

²⁴ ORTIZ ÚRCULO *El principio de oportunidad: naturaleza, ámbito de aplicación y límites. Ponencia*. Centro de estudios jurídicos, 2004, p 3405

ordenamiento jurídico. Un riesgo latente de la aplicación extensiva del principio de oportunidad y, en definitiva, de las prácticas jurídicas en el marco de la justicia restaurativa, es dañar precisamente la coherencia y cohesión de nuestro ordenamiento, pudiendo darse respuestas jurídicas distintas ante unos mismos hechos. El principio de seguridad jurídica es imprescindible para todo Derecho, siendo esencial a la hora de proteger el sistema jurídico y los valores y principios que lo impregnan.

V. LA MEDIACION PENAL EN ESPAÑA

1. NORMATIVA

1.1. Referencias internacionales y comunitarias

Si observamos la normativa internacional podemos ver, cómo el propósito de adoptar y potenciar sistemas alternativos de resolución de conflictos en el ámbito penal, es una constante, insistiendo en los beneficios de la justicia restaurativa y en concreto de la mediación, un ejemplo de ello, es el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas celebrado en abril de 2002, que llevo a cabo un examen de la Justicia Restaurativa y su papel en los sistemas de justicia penal.

En el ámbito europeo el Consejo de Europa, ha ido recomendando la introducción de la justicia restaurativa a través de recomendaciones del Comité de Ministros durante años²⁵, pudiendo destacar:

- Recomendación núm R (83) 7 DE 23 de junio de 1983, enfocada a fomentar la reparación e indemnización a la víctima por el delincuente, como forma de sustitución de la pena privativa de libertad.
- Recomendación núm. R (87) 18 de 17 de septiembre de 1987, recoge la entrada del principio de oportunidad en el proceso penal, potenciando acciones de descriminalización.
- Recomendación núm. R. (87) 21 de 17 de septiembre de 1987, relativa a la asistencia a la víctima, recogiendo como medida la mediación con el agresor.

²⁵ En este mismo sentido JIMENO BULNES, ¿Mediación penal y/o justicia restaurativa? Una perspectiva europea y española, en Diario la ley, Nº 8624, Sección Doctrina, 14 de Octubre de 2015, Ref. D-371, Editorial Wolters Kluwer pp 4 -6.

- Recomendación núm. R (99) 19 de 15 de septiembre de 1999, específica sobre la regulación de la mediación en el ámbito penal, promoviendo que se vaya integrando de forma progresiva.
- Recomendación núm. R (2006) 8 de 14 de junio de 2006, que destaca los beneficios que aporta la mediación, y la necesidad de garantizar la confidencialidad y una voluntad libre de las partes.

El Consejo de la Unión, además de las múltiples recomendaciones, dio un paso más con la implantación de la Decisión marco (2001/220/JAI) de 15 de marzo de 2001. En ella se establece un marco normativo de actuaciones a desarrollar en la UE, a fin de que los Estados miembros las incorporen a sus respectivas legislaciones, estableciendo como plazo hasta el 22 de Marzo de 2006²⁶. Entre las actividades jurisdiccionales que concreta, son destacables las referentes a los derechos y garantías de las víctimas y la incorporación del procedimiento de mediación.²⁷

Del articulado de la Decisión Marco, debemos tener en cuenta las precisiones que realiza acerca de la mediación, regulándose en primer lugar en su apartado primero la definición de mediación penal como «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». También, en su precepto 10 específico sobre la mediación penal, determina las actuaciones que tienen que realizar los Estados, indicando que «procurarán impulsar la mediación en las causas penales para las infracciones que a su juicio se presten a este tipo de medida» y que igualmente se encargaran de velar «por que pueda tomarse en consideración todo acuerdo entre víctima e inculpado que se haya alcanzado con ocasión de la mediación en las causas penales». Indicaciones que como podemos ver, no han terminado aplicándose en la totalidad de los estos miembros, como en el caso de España.

²⁶ Así lo especifica el artículo 17 de la Decisión Marco (2001/220/JAI) de 15 de marzo de 2001, que determina que “Los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo estipulado en la presente Decisión marco, en lo que se refiere al artículo 10, a más tardar el 22 de marzo de 2006 (donde hace referencia específicamente a la mediación penal)”

²⁷ PERULERO GARCÍA «Hacia un modelo de justicia restaurativa: la mediación penal» en GARCÍANDÍA GONZÁLEZ y SOLETO MUÑOZ *Sobre la mediación penal*. Thomson Reuters – Aranzadi, 2012, p 83.

1.2. Normativa Española

En la legislación estatal la mediación como tal, sí que se encuentra regulada, pero únicamente para el ámbito civil, por la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. Por lo tanto, observamos cómo la mediación penal se encuentra sin una regulación plena, recogiendo únicamente en nuestro ordenamiento jurídico la posibilidad de acudir a la mediación penal en el proceso judicial de menores, por la ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, y que se desarrolla a través del Real Decreto 1774/2004, de 30 de junio.

A pesar de ello, varios proyectos de ley han buscado la integración de la mediación en el ámbito penal, destacándose el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal presentado por el Gobierno el 27 de julio de 2011, que aunque no llegó a ser aprobado, recogía en los artículos 157 a 161 una profunda regulación sobre la mediación penal, determinando sus principios, procedimiento, consecuencias y su posible interrupción.

Aunque como decimos, no se regula de forma concreta la mediación penal en el procedimiento judicial de adultos, tanto la LECrim como el CP, contemplan consecuencias penológicas por su realización, reflejo de ello, es la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal atenuante por reparación del daño, y la atenuante por confesión, reguladas en el art. 21.5 y 21.4 del Código Penal respectivamente. Por otro lado, también se ha visto la relevancia que genera el procedimiento de mediación en el ámbito penitenciario, a la hora de determinar la peligrosidad del agresor, sus circunstancias personales o la posible reparación de los efectos del hecho delictivo realizado. Estas circunstancias han provocado que a pesar de una falta de regulación específica, cada día se tenga más presente la realización de procedimientos de mediación en la práctica judicial²⁸

2. PRÁCTICA DE LA MEDIACIÓN EN ESPAÑA

Vista su regulación, la mediación penal en España, se constata como una realidad cuyos términos se encuentran en dos planos distintos: el de la legalidad y el de la práctica vigente.²⁹

²⁸ PASCUAL RODRÍGUEZ. *La mediación en el sistema penal*. Memoria para optar al grado de doctor. Accesible en: www.eprints.ucm.es Día de consulta 19/05/2017

²⁹ AGUILERA MORALES «La mediación penal: quimera o realidad» cit p325

2.1. Mediación penal en justicia de menores

El primero de los planos, recoge la mediación en el proceso penal de menores. La mediación se integró en nuestro ordenamiento, con una finalidad educativa y resocializadora, utilizándose preferentemente ante el sistema retributivo clásico al observarse mejores resultados en la práctica jurídica con menores, siguiendo con la corriente jurídica del resto de países europeos.

La Ley regula dos tipos posibles de mediación, *before sentencing* y *after sentencing*. El artículo 19 LORPM determina la primera de las opciones, indicando que el Ministerio Fiscal podrá sobreseer el expediente, teniendo en cuenta la gravedad y circunstancias de los hechos y del menor, y siempre que se dé el cumplimiento de una serie de requisitos como la falta de violencia o intimidación graves en la comisión de los hechos, que se haya producido la conciliación con la víctima o se haya asumido el compromiso de reparar el daño causado a la víctima o al perjudicado por el delito, o se haya comprometido a cumplir la actividad educativa propuesta por el equipo técnico en su informe.

Por otro lado es el artículo 51.3 LORPM, el que regula la mediación *after sentencing*, al determinar que en cualquier momento, el acuerdo de mediación entre las partes podrá dejar sin efecto la medida impuesta por el órgano judicial, cuando el Juez, a propuesta del Ministerio Fiscal o del letrado del menor y oídos el equipo técnico y la representación de la entidad pública de protección o reforma de menores, juzgue que dicho acto y el tiempo de duración de la medida ya cumplido expresan suficientemente el reproche que merecen los hechos cometidos por el menor.

El procedimiento de mediación recogido en la LOPRM, no está exento de críticas, de entre todas ellas, se puede destacar, en primer lugar, cómo se concreta un ámbito limitado, restringiéndola únicamente a las conductas bagatelarias, no permitiendo que se sometan a mediación las partes de un conflicto donde el objeto es un delito grave, abandonando por tanto en este ámbito la finalidad educadora y resocializadora que fomenta la mediación.

En segundo lugar, como señala AGUILERA MORALES, se concibe irracional que la mediación *after sentencing* solo pueda desplegar eficacia allí donde existe conciliación del menor con la víctima y no en cambio, en los supuestos de efectiva reparación del daño causado por la infracción.

Por lo tanto, vemos cómo la regulación efectuada sobre la mediación en el ámbito del enjuiciamiento penal de menores, se concibe como incompleta e imprecisa, no siendo pocos los autores³⁰ que pugnan por una reformulación de la LOPRM que propicie una mejor aplicación de la mediación en este procedimiento.

Por otro lado, en el plano de la práctica vigente, aun sin una regulación específica se han ido realizando experiencias y programas piloto, impulsados tanto por entidades privadas como públicas³¹, que han conseguido introducir la mediación en la práctica judicial española.

En la experiencia surgida de los programas pilotos efectuados por múltiples juzgados de toda la geografía española³², se ha observado que el acuerdo fruto de la realización con éxito de la mediación, ha producido efectos en el procedimiento judicial. El acuerdo entendido como una actuación reparadora de la víctima, se ha reflejado en la aplicación de circunstancias atenuantes, como la genérica regulada en el artículo 21.5 del CP, y otras más específica, como por ejemplo la determinada en el artículo 340 CP sobre delitos relativos a la protección de la flora, fauna y animales domésticos. En otros supuestos, el acuerdo ha influido a la hora de suspender las penas, actuación regulada en el artículo 81.3 y 87 CP, y para sustituir la propia condena como se menciona en el artículo 88 CP.

2.2. Experiencia de la mediación penitenciaria

Uno de los ámbitos donde más se ha llevado a la práctica la mediación, aun sin regulación específica, es en el ámbito penitenciario, donde se puede diferenciar entre una mediación intrapenitenciaria y otra extrapenitenciaria.

³⁰ A las críticas efectuadas por AGUILERA MORALES, se suman entre otros: PERIS RIERA., «El modelo de mediación y reparación en el nuevo marco de la responsabilidad penal de menores previsto por la L.O. 5/2000» *La ley*, núm.2, 2001, p1652; CRUZ MÁRQUEZ, B., *La mediación en la Ley Orgánica 5/2000, reguladora del responsabilidad penal de los menores: conciliación y reparación del daño*, cit., p11.

³¹ Es destacable a este respecto, el Plan impulsado por el Consejo General del Poder judicial, sobre Modernización de la Justicia, aprobado por su pleno el 12 de noviembre de 2008. Además el propio Consejo ha coordinado proyectos pilotos, como el realizado en Madrid durante los años 2005 a 2008, que refleja su estudio en el informe ya citado “Justicia Restaurativa y Mediación penal: Análisis de una experiencia (2005-2008)”

³² Se han llevado a cabo experiencias piloto en los juzgados de: Madrid, Navarra, Aragón, Valencia, Cataluña, y la Rioja.

La mediación intrapenitenciaria, como indica SEGOVIA BERNABÉ³³, busca conseguir una convivencia ordenada, de manera que se estimule el sentido de la responsabilidad y la capacidad de autocontrol dentro del cuerpo penitenciario. El régimen penitenciario, conformado principalmente por la Ley General Penitenciaria, es decir, la Ley Orgánica 1/1979 de 26 de septiembre, regula determinadas previsiones que han permitido introducir beneficios derivados del sometimiento a la mediación sobre conflictos intrapenitenciarios, como la posible reducción o suspensión de determinadas sanciones, como la de aislamiento, regulada en el artículo 42.6 LOGP.

Por otro lado, respecto de la mediación extrapenitenciaria, entendiendo la actuación de someterse a mediación como una actuación de buen comportamiento, valorando la actitud hacia la víctima y la reparación del daño producidos, conlleva beneficios para el preso, valorándose por ejemplo, a la hora de conceder la libertad condicional del artículo 90 CP, o para otorgar permisos de salida del artículo 47.2 LOGP.

2.3. Mediación Penal en Aragón. Asociación ¿Hablemos?

De entre las asociaciones privadas que promueven y ejercen la mediación en España, me gustaría destacar la asociación ¿Hablamos? que ha ejercido un papel muy importante en Aragón, prestando el servicio de mediación desde 2006, durante la experiencia piloto del Consejo General del Poder Judicial en Zaragoza.

Esta asociación fue creada en el año 2005 con el objetivo de establecer un Servicio de Mediación Penal en Zaragoza y de sensibilización a la sociedad, desde el convencimiento de que todo conflicto delictual es mejor gestionado desde una perspectiva de Justicia Restaurativa, (visión educacional, reparadora, colectiva y comunitaria) que desde una perspectiva exclusivamente penal y retributiva, buscando fórmulas alternativas de resolución como son la mediación penal y comunitaria.³⁴

Esta asociación, ha conseguido desarrollar la mediación en los ámbitos que hemos venido argumentando. En primer lugar en el ámbito penal, en virtud del convenio suscrito con el Consejo General del Poder Judicial y un acuerdo con la Fiscalía y el Tribunal Superior de Justicia de Aragón, en los Juzgados de Instrucción nº 4, 9 y 10 de

³³ SEGOVIA BERNABÉ «Experiencia de la mediación penitenciaria» en GARCIA DÍAZ GONZÁLEZ y SOLETO MUÑOZ *Sobre la mediación penal*. Thomson Reuters – Aranzadi, 2012, pp 294 y 295

³⁴ Guía-marco de la Mediación en Aragón. Coordinación: Asociación CEFYMED. Equipo de redacción Pedro Caurín, Charo Ramo e Ignacio Vivas (Mediadores). En Zaragoza a 23 de Mayo de 2011.

Zaragoza y los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción nº 1 y 2 de Calatayud. Y en segundo lugar, también han desarrollado la mediación en el ámbito penitenciario, experiencias llevadas a cabo en los centros penitenciarios de Zuera y de Daroca³⁵.

Experiencias que han terminado con datos positivos, como bien se refleja en el libro editado por la asociación, «El valor de la palabra que nos humaniza», destacando que de los procesos de mediación realizados, el 54% finalizaron en un acuerdo, y en los que concluyeron sin acuerdo, se presenció un cambio en las partes, una disminución o pacificación del conflicto.

VI. UNA VISTA AL FUTURO, CONCLUSIONES Y PROPOSICIONES NORMATIVAS

Tras el análisis efectuado, se ha comprobado cómo se concibe la regularización de la mediación, como una necesidad primordial para nuestro ordenamiento jurídico. Por un lado, se ha visto cómo España ha incumplido la Decisión Marco 2001/220/JAI) de 15 de marzo de 2001 emitida por la UE, situándose en la cola jurídicamente hablando entre los Estados de la Unión, además, se ha comprobado cómo la mediación a través de diversas experiencias y proyectos pilotos, se ha llevado a cabo con éxito en los juzgados y tribunales españoles, teniendo que tener presente, que la mediación penal se concibe cómo una práctica jurídica que ha venido para quedarse.

Tenemos que afrontar por tanto, el reto de regularizar la mediación penal, distinguiéndose diferentes formas de llevarlo a cabo, GARCÍANDÍA GONZÁLEZ³⁶ señala las múltiples posibilidades que se nos presentan, pudiendo regularizar el procedimiento mediante una única ley estatal y autónoma, o por el contrario, mediante la inclusión del procedimiento en la legislación penal o procesal penal existente en nuestro país.

Teniendo presente el alcance que supone la inclusión de la mediación en el ámbito penal, se considera recomendable, que sea la primera opción la elegida por el legislador,

³⁵ Para un mayor desarrollo, SEGOVIA BERNABÉ «Experiencia de la mediación penitenciaria» cit, pp 301 y ss

³⁶ GARCÍANDÍA GONZÁLEZ «La regularización de la mediación penal en España: opciones legislativas y contenidos mínimos» en GARCÍANDÍA GONZÁLEZ y SOLETO MUÑOZ *Sobre la mediación penal*. Thomson Reuters – Aranzadi, 2012, p 418.

viéndose necesaria una ley estatal y autónoma. En primer lugar debe de ser estatal por lo concretado en el artículo 149.1.6 CE, el cual, establece una reserva estatal sobre la legislación penal y procesal, desechando la posibilidad de una ley autonómica que pudiera llevar a regularla en solo una parte del territorio español.

Por otro lado debe de ser específica y autónoma del resto de la legislación, dada la diferenciación que existe entre los principios que rigen la mediación y el sistema de justicia restaurativa con los del procedimiento judicial ordinario retributivo, además resaltar, que no se debe de regular únicamente cuestiones penales y procesales, sino que debe integrar necesariamente cuestiones de diversa naturaleza, como es el caso del estatuto del mediador. En cuanto a la legislación sobre el procedimiento de menores se seguirá con la idea de autonomía respecto a la LORPM, destacándose como un ámbito diferente en el que deben de respetarse sus particularidades.

Ahora bien, el hecho de ser una ley autónoma, no impide que se refleje su regulación y su entrada en el procedimiento penal en la LECrim y el CP, al contrario, se va a ver necesaria su modificación³⁷.

La regularización de la mediación debe de ser exhaustiva a la hora de especificar su ámbito objetivo y subjetivo.

En cuanto al ámbito objetivo ya hemos analizado como a pesar de lo indicado en la LOMPIVG, y en la LORPM, donde respectivamente se prohíbe el acceso a la mediación en los delitos de violencia de género, y se restringe su acceso únicamente a las conductas bagatelarias, consideramos que si se observa beneficiosa para un tipo de delitos también lo podría ser para el resto de tipos delictivos, destacando que cada caso presenta unas características particulares, que deben de ser analizadas y valoradas por el Juez y Fiscal, cada caso en concreto. Viendo por tanto innecesaria una restricción estricta, que podría llegar a limitar sobre todo, los beneficios de la mediación a numerosas víctimas que desean someterse al procedimiento.

Respecto al ámbito subjetivo, en primer lugar, se ha defendido la postura que aboga por permitir la mediación en conflictos donde hay más de una víctima o, más de un agresor y solo varios o uno deciden someterse al procedimiento de mediación. Se

³⁷ En este mismo sentido, AGUILERA MORALES «La mediación penal: ¿Quimera o realidad?» Cit. p 339

considera que no cabe restringir su acceso, en cuanto se ha constatado cómo no se afectaría al principio de presunción de inocencia del resto de los imputados, al no tener efecto ninguno el acuerdo de reparación acordado sobre el resto de los acusados, al ser una práctica de carácter personalísimo, pudiendo además desarrollarse el procedimiento judicial en piezas separadas.

En este mismo ámbito, sí que se vería inadecuado que se derivase a mediación conflictos en los que no concurriera víctima, estando como única parte acusadora el Ministerio Fiscal en representación del interés estatal, pues se entiende inviable una posible mediación donde no participe una víctima, al vulnerarse el fin fundamental de la mediación, que no es otro que buscar la reparación efectiva de la víctima.

Por otro lado, se ha defendido la participación en el procedimiento de mediación de aquellos agresores que tengan antecedentes, entendiendo que cada hecho delictivo debe de ser independiente, con su acción jurídica correspondiente individualizada. Y por último, sobre el caso en el que el agresor sea reincidente, aun después de someterse a mediación, cabe decir que se mantiene la idea de que sea el juez el que analice las características particulares de cada caso, y decida, siempre y cuando la víctima tenga una voluntad clara de someterse al procedimiento, consiguiendo de esta forma mantener los benéficos que le puede otorgar la mediación a la víctima.

Un aspecto de suma importancia que debe de ser regulado es si se concibe la posibilidad de una mediación penal extraprocésal, o si por el contrario, se permite únicamente una mediación intraprocésal.

En este trabajo se aboga por una mediación únicamente intraprocésal, actitud que responde a la necesidad imperial de que se actúe el derecho en la jurisdicción penal, al establecerse en exclusiva el *ius punendi* al Estado. Ya que si aceptamos un procedimiento extraprocésal, debemos tener en cuenta como señala HERRERO PEREZAGUA, que el acuerdo de mediación no es una solución jurisdiccional al no ser el resultado de un enjuiciamiento, no existiendo manifestación ninguna de lo jurisdiccional hasta que el acuerdo de reparación sea homologado por un juez.

De esta forma, introduciendo una mediación únicamente intraprocésal aseguramos un control jurisdiccional, destacándose el juez en primer lugar, el encargado de derivar el proceso a mediación, siempre que lo vea conveniente atendiendo a las circunstancias

particulares de cada caso, y siempre que sea clara la voluntad de ambas partes de someterse al procedimiento. Y en segundo lugar, deberá de ser el juez el que homologue el acuerdo de reparación alcanzado, reflejando lo acordado en la sentencia que dictamine en el procedimiento judicial.

Por tanto, se resalta la defensa de la regulación de la mediación en el ámbito penal, como una posibilidad de mejorar nuestro sistema judicial, ajustándolo a la necesidades que experimenta la sociedad en la actualidad, pero siempre atentos a la salvaguarda de nuestro ordenamiento jurídico, especialmente los múltiples conflictos que pueden surgir con los principios y garantías que rigen nuestro sistema judicial, debiendo protegerlos con una regulación estatal, autónoma y precisa de la mediación intraprocesal.

VII. BIBLIOGRAFÍA

AGUILERA MORALES. «La mediación penal: ¿quimera o realidad?» en GARCÍANDÍA GONZÁLEZ y SOLETO MUÑOZ (directores) *Sobre la mediación penal*, Thomson Reuters – Aranzadi, 2012

ARMENTA DEU. *Lecciones de Derecho procesal pena*. Marcia Pons, 9ª edición, 2016.

DE LA OLIVA. *Derecho procesal penal*. Ramón Areces, 7ª edición, 2004

FLORES DE PRADA: «Discrecionalidad implícita y oportunidad reglada» En *El Ministerio Fiscal en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999

GARCÍA TORRES, M. L, *La mediación penal. Especial atención a la mediación en los delitos sexuales y familiares*, en *La ley penal*, num. 73, año VII, julio-agosto de 2010

GARCÍANDÍA GONZÁLEZ y SOLETO MUÑOZ (directores) *Sobre la mediación penal*. Thomson Reuters Aranzadi, 2012

Guía-marco de la Mediación en Aragón. Coordinación: Asociación CEFYMED. Equipo de redacción Pedro Caurín, Charo Ramo e Ignacio Vivas (Mediadores). En Zaragoza a 23 de Mayo de 2011

HERRERO PEREZAGUA, *Lo jurisdiccional en entredicho*. Thomson Reuters Aranzadi, noviembre de 2014.

JIMENO BULNES, *¿Mediación penal y/o justicia restaurativa? Una perspectiva europea y española*, en *Diario la ley*, Nº 8624, Sección Doctrina, 14 de Octubre de 2015, Ref. D-371, Editorial Wolters Kluwer

MARTIN DIZ,F. *La mediación: sistema complementario de Administración de Justicia*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2010

MONTERO AROCA. *Derecho jurisdiccional I. Parte General.*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002

ORTIZ ÚRCULO *El principio de oportunidad: naturaleza, ámbito de aplicación y límites. Ponencia*. Centro de estudios jurídicos, 2004,

OUBIÑA BARBOLLA, «La distancia que les separan, la distancia que nos separa: mediación en casos de violencia doméstica en España y en otros sistemas», en GARCIANDÍA GONZÁLEZ y SOLETO MUÑOZ *Sobre la mediación penal*, Thomson Reuters – Aranzadi, 2012

PASCUAL RPDRIGUEZ. La mediación en el sistema penal. Memoria para optar al grado de doctor. Accesible en: www.eprints.ucm.es. Día de consulta 19/05/2017

PETZOLD RODRIGUEZ, H., *Algunas consideraciones sobre la labor del mediador penal*, en Revista de filosofía jurídica, social y política, num 15, 2008

RIOS MARTÍN et al., Justicia restaurativa y mediación penal. Análisis de una experiencia (2005-2008). Accesible en www.poderjudicial.es

SEGOVIA BERNABÉ y RÍOS MARTÍN, *Diálogo, justicia restaurativa y mediación*. Publicación en www.caritas.es. Día de consulta 4/05/2017

ZAFRA ESPINOSA «La mediación penal: una alternativa a la resocialización». En GARCIANDÍA GONZÁLEZ y SOLETO MUÑOZ (directores) *Sobre la mediación penal*, Thomson Reuters – Aranzadi, 2012,