

# Mediación penal: la alternativa jurisdiccional que funciona

(Penal mediation: the jurisdictional alternative that works)

ORDEÑANA GEZURAGA, Ixusko  
Univ. del País Vasco (UPV-EHU). Fac. de Derecho. Edificio  
Aulario II, Barrio Sarriena s/n. 48940 Leioa  
ixusko.ordenana@ehu.es

---

Partiendo de las taras del sistema jurisdiccional penal y de la necesidad de buscar instrumentos o mecanismos que ayuden a mejorar aquél, vamos a centrarnos en la mediación penal. Tras analizar su génesis, fundamento y características, nos vamos a fijar en la experiencia del Servicio de Mediación Penal de Barakaldo, que demuestra que estamos ante una técnica válida para mejorar el proceso penal.

Palabras Clave: Mediación penal. Justicia restaurativa. Víctima. Delincuente. Mediador.

Zigor sistema jurisdikzionalak akatsak dituela ikusita, eta hori hobetzeko erremintak edo mekanismoak bilatzeko beharra dagoela kontuan hartuta, zigor bitartekotzari zuzenduko diogu arreta. Haren sorrera, oinarriak eta ezaugarriak aztertu ostean, Barakaldoko Zigor Bitartekotza Zerbitzuaren esperientzia aztertuko dugu, eta prozesu penalak hobetzeko teknika aproposa dela ondorioztatuko.

Giltza-Hitzak: Zigor bitartekaritza. Justizia errestituzioa. Biktima. Delitugilea. Bitartekaria.

Nous nous concentrerons sur la médiation pénale et nous analyserons les vices du système de juridiction pénale et le besoin d'instruments ou de mécanismes qui permettent de l'améliorer. Après avoir examiné son processus de création, son principe et ses caractéristiques, nous reporterons notre attention sur l'expérience du Service de Médiation Pénale de Barakaldo qui nous prouve que nous sommes témoins de l'existence d'une technique susceptible d'améliorer le processus pénal.

Mots Clés: Médiation pénale. Justice réparatrice. Victime. Délinquant. Médiateur.

## 1. INTRODUCCIÓN Y PAUTAS METODOLÓGICAS

El XVII Congreso de Estudios Vascos se plantea el análisis de una cuestión de candente actualidad, o mejor, esencial para garantizar un futuro adecuado a las personas que vivimos –y vivirán– en este mundo: la innovación para el progreso social sostenible. Este asunto, llevado a nuestra parcela de la ciencia, al Derecho, y concretamente a la rama que nosotros estudiamos, el Derecho Jurisdiccional, omitiendo cualquier referencia al medio ambiente, nos sugiere una reflexión: ¿es sostenible el sistema jurisdiccional vigente? Es decir, ¿se puede mantener por sí mismo, con las características actuales, al tiempo que garantiza un futuro adecuado a las personas? Aunque el tema da mucho que pensar, a priori, no podemos esconder nuestro escepticismo. La acotación de la cuestión, nos puede ayudar a encontrar algo de luz. Fijémonos únicamente en una parcela del Derecho Jurisdiccional: ¿es sostenible la respuesta judicial al delito? En este contexto, somos firmes defensores de que la respuesta que el sistema jurisdiccional ofrece en la actualidad a la infracción penal no es sostenible. No es, en general, adecuada ni para hoy, ni para mañana. Y no lo es porque no es eficaz, porque no se utilizan los medios existentes para obtener los mejores resultados. Luego, no contribuye, ni contribuirá al progreso social. Sin embargo, ante este panorama no cabe quedarse quietos. Hacen faltas soluciones. Es necesario innovar para el progreso social sostenible. Y en el ámbito del proceso penal, uno de los elementos que puede contribuir a la innovación es la mediación penal. Es necesaria su ordenación y normalización en el ordenamiento jurídico español. Esta es, a grandes rasgos, nuestra hipótesis.

En las próximas líneas, y en el camino de convertir la mentada hipótesis en tesis, vamos, en primer lugar, a realizar una radiografía de la mediación penal en cuanto mecanismo extrajurisdiccional para solventar pacíficamente el conflicto penal. Nos interesa conocer, principalmente, por qué es necesario en este momento vigorizar esta técnica, sus características y fundamento y su relación con la vía jurisdiccional, con el Poder Judicial estatal. Igual de importante es conocer el marco jurídico en el que en la actualidad se desarrolla la mediación penal. Lo analizaremos en un segundo apartado. Sin embargo, y saliendo de la comodidad del escritorio a la frialdad de la calle, de la formulación meramente teórica de las ideas y planteamientos a la práctica, en la tercera parte de esta comunicación vamos a aplicar lo enunciado a la vida real. Vamos a fijarnos en una experiencia real de mediación penal, la que se desarrolla en este momento en los juzgados de Barakaldo. ¿Casará la implementación práctica de la mediación penal con nuestra hipótesis? ¿Resultará ser, verdaderamente, un mecanismo que contribuye al progreso social sostenible?

## 2. LA MEDIACIÓN PENAL: UN MECANISMO LLAMADO A DAR VOZ A LA VÍCTIMA Y A MEJORAR EL FUNCIONAMIENTO DE LA JURISDICCIÓN

### 2.1. La crisis penal en cuanto contexto en el que se plantea la necesidad de la mediación penal

El Derecho penal vive momentos difíciles en la actualidad. El modelo penal vigente, aquél que para proteger el interés público, deja exclusivamente en manos del Estado tipificar como delito determinadas conductas –es decir, configurar el Derecho penal material– y en la de los jueces la sanción del ciudadano que incurra en las mismas a

través del proceso penal pertinente<sup>1</sup>, está en crisis. El constante cuestionamiento de los que se han considerado sus principales cometidos y metas (la función retributiva, la prevención general y la reinserción social) ha sumergido esta parcela del Derecho en un ambiente de reformulación y autocrítica. Y es que, ciertamente, es asumido por la doctrina que el sistema penal vigente configura una justicia de carácter marcadamente retributivo. La respuesta penal del Estado al delito se centra en la pena que aquél impone al delincuente por haber infringido las normas elementales de convivencia social, pena que se determina en proporción a la ofensa cometida a la sociedad y que en ningún caso es negociable, como tampoco lo es el delito. En este contexto, este mecanismo, en cuanto la solución al conflicto se limita a imponer un mal (la pena), se tacha de ilegítimo<sup>2</sup>.

En este escenario, al carácter marcadamente retributivo mentado, le tenemos que sumar el fracaso estrepitoso de la función de prevención especial de la pena, aquélla que se fija en el propio delincuente, en su curación y reinserción. Lejos del ideario constitucional que reconoce como fines de la pena la reinserción social y la reeducación del delincuente (art. 25 CE), la entrada del infractor en el sistema penal, en vez de solventar el problema y de proteger a la sociedad, se ha convertido en un elemento estigmatizante y consolidador de la delincuencia, que victimiza al victimario en cuanto lo convierte en víctima del sistema penal y enemigo de la sociedad<sup>3</sup>. Más grave aún –si cabe– es el fracaso de la prevención general: la pena no cumple su fin ejemplarizante, no persuade o intimida a otros ciudadanos de realizar la conducta tipificada y previamente castigada. El sistema penal vigente es ineficaz no sólo para

---

1. Son las dos vertientes de la potestad estatal conocida con la denominación *ius puniendi*. En cuanto entendidos de Derecho Jurisdiccional, cabe destacar especialmente que el principio de exclusividad jurisdiccional encuentra su máxima expresión en el ámbito penal. Sólo, única y exclusivamente los jueces pueden penar a los ciudadanos conforme a la ley. Junto a este monopolio jurisdiccional resultan claves en esta materia el derecho de acción y el proceso jurisdiccional. Es este ámbito, en el que se pueden limitar o excluir los derechos fundamentales de las personas, especialmente garantista hacia para con los derechos de los ciudadanos, derechos que únicamente se pueden limitar tras el pertinente proceso jurisdiccional. Nos movemos, por tanto, en un contexto caracterizado por el predominio del principio de legalidad y necesidad, donde prevalecen los delitos públicos, perseguibles de oficio, independientemente de la voluntad del ofendido o agraviado (arts. 101, 105 y 308 LECr), y en el que destaca la indisponibilidad de los ciudadanos de la materia penal. No pueden las víctimas del delito en general disponer del proceso ni del delito que en el mismo se ventila mediante su perdón (arts. 106 LECr y 130 CP). Es así, porque no se reconoce a los ciudadanos el derecho subjetivo al castigo, monopolio éste del Estado, quedando prohibida la justicia privada o autotutela. Asimismo, el Derecho penal vigente está presidido por los principios de intervención mínima, última ratio y subsidiariedad. Para un análisis sistemático del proceso penal vigente, recomendamos MONTERO AROCA, Juan. GÓMEZ COLOMER, Juan Luis. MONTÓN REDONDO, Alberto. BARONA VILAR, Silvia. Derecho Jurisdiccional III. Proceso penal, 17ª ed. Valencia: Tirant lo blanch, 2009.

2. Último inciso literal, LAMARCA PÉREZ, Carmen. “La mediación penal: una alternativa a la solución judicial de los conflictos”. En: AAVV, Mediación: una alternativa extrajudicial, Madrid: Colegio Oficial de Psicólogos de Madrid, 1995, p. 133.

3. Lo enfatiza, NEUMAN, Elías. Mediación y conciliación penal, Buenos Aires: Depalma 1997, p. XI, remarcando que el sistema penitenciario ni rehabilita, ni reeduca y menos aún resocializa. Por su parte, GIMÉNEZ GARCÍA, Juan. “Mediación. Alternativas a la sanción”. En: Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, núm. 11, 1997, considera la pena, singularmente la de prisión, como un coste excesivo del que nada se extrae de cara a la reintegración social de los internos, sentenciando que prima la concepción de la cárcel como fin en sí, con riesgo de que se convierta en un “mero aparcamiento de personas”.

eliminar el delito, sino incluso, más si cabe, para reducirlo, tal y como lo demuestra el incesante número de causas penales.

Queda así patente que el sistema penal no satisface ni al delincuente, ni a la sociedad. Pero,... ¿Y la víctima? ¿Qué ocurre con la víctima? Hasta ahora únicamente nos hemos referido al Estado (se entiende integrada la sociedad que lo legitima) y al delincuente, porque mientras el primero se apropia del conflicto penal, monopolizando su tratamiento, el delincuente es el elemento en torno al que se estructura la respuesta jurídica y el discurso teórico del Derecho penal. En este escenario la víctima queda neutralizada por el Estado, ignorada en una situación de postración y devaluó, convirtiéndose en el “convidado de piedra”<sup>4</sup>. Es la cenicienta del proceso, la eterna olvidada, sufriendo una victimización secundaria como consecuencia de esas actuaciones<sup>5</sup>. Fruto de este olvido y de la necesidad de proteger al lesionado en el entramado penal en el que se ve envuelto involuntariamente ha surgido la victimología, en cuanto ciencia independiente que estudia a la víctima y que trata de darle el protagonismo que requiere<sup>6</sup>.

Aunque la crisis de legitimación del Derecho penal, tanto en su aspecto material como formal, está provocada principalmente por su incapacidad de satisfacer los intereses y necesidades de la víctima, el infractor y la sociedad en general<sup>7</sup>, especialmente discutido está siendo el proceso penal; su eficacia y legitimidad. Su lentitud y complejidad, la lejanía de la norma –no sólo procesal, sino también material– de la realidad social cambiante, la incapacidad para responder a las necesidades de los ciudadanos, la insatisfacción que crea en ellos,... están en el punto de mira de todos. Se critica especialmente el desequilibrio de roles que reconoce a delincuentes y víctimas. El cúmulo de derechos que se reconocen a los primeros contrasta con la

---

4. Literal, BERISTAIN IPIÑA, Antonio. Nueva criminología desde el derecho penal y la victimología. Valencia: Tirant lo Blanch, 1994, p. 230.

5. SCHNEIDER, Hans Joachim., “La posición jurídica de la víctima en el Derecho y en el proceso penal”. En: Cuadernos de Política Criminal, núm. 35, 1988, dibuja un cuadro en el que se remarca que en el proceso penal la víctima se convierte en acusado, con todo el daño que ello le crea, y lo que es más peligroso, incrementando su sentido de venganza y su necesidad de justicia individual. En el mismo sentido, destacan el aislamiento de la víctima en el Derecho penal tradicional, BERISTAIN IPIÑA, Antonio. Victimología. Nueve palabras clave. Valencia: Tirant lo blanch, 2000, p. 153, SUBIJANA ZUNZUNEGUI, Ignacio José. “El principio de protección de las víctimas en el marco jurídico penal material y procesal”. En: Jueces para la Democracia. Información y Debate, núm. 51, 2004 y ESCALER BASCOMPTE, Ramón. “La atención a la víctima después de las últimas reformas procesales”. En: Justicia, núm. 1-2, 2004. Dice gráficamente KERNER, Hans Jürgen. “Conciliación víctima-ofensor y reparación de daños en el Derecho penal alemán. Consideraciones sobre la nueva situación jurídica y las experiencias de la aplicación práctica”. En: Cuadernos de Política Criminal, núm. 62, 1997, que “la víctima es sistemáticamente considerada como mero “elemento” en la “construcción” del sistema de la “teoría del delito”, y estimada como “objeto” de búsqueda de la verdad procesal en el sumario, como un “medio de prueba” en el Derecho penal procesal probatorio”.

6. Tratan el tema con amplitud y sistemática, AAVV (Coor. ECHEBURÚA ODRIOZOLA, Enrique, BACA BALDOMERO, Enrique, TAMARIT SUMALLA, Josep María). Manual de victimología. Valencia: Tirant lo blanch, 2006. También, AAVV (Coor. TAMARIT SUMALLA, Josep María.) Estudios de victimología: actas del I Congreso español de victimología. Valencia: Tirant lo blanch, 2005.

7. Lo que pone en tela de juicio, en último término, la eficacia del sistema penal en cuanto instrumento de control social. En este sentido, HIGHTON, Elena. ÁLVAREZ, Gladys. GREGORIO, Carlos. Resolución alternativa de disputas y sistema penal. La mediación penal y los programas víctima-victimario. Buenos Aires: Ad hoc, 1998, p. 22.

escasa presencia del lesionado en el proceso penal. La participación de la víctima se limita a la de mero testigo, resultando, al respecto, más numerosos sus deberes que sus derechos<sup>8</sup>. Además, el proceso penal es un escenario violento y coercitivo que convierte a ambos en enemigos y lo que es aún peor, muchas veces, convierte a ambos en perdedores<sup>9</sup>.

En este panorama, tanto los que niegan legitimidad al sistema penal tal y como opera en la realidad social actual, clamando por la abolición del mismo (teoría abolicionistas), como los que, menos radicales, partiendo también de la deslegitimación del sistema penal vigente, reducen su intervención al mínimo necesario (teorías minimalistas), consideran que son imprescindibles procedimientos informales para implementar y mejorar la justicia penal<sup>10</sup>. Es la puerta de entrada a la mediación penal en nuestro ordenamiento jurídico. Pero, ¿qué es la mediación penal?

## 2.2. Configuración de la mediación penal y sus caracteres

### 2.2.1. Presentación

Prescindiendo de definiciones ajenas, entendemos por mediación penal el mecanismo en el que las partes del conflicto penal, infractor y víctima, protagonizan la

---

8. Ciertamente, y con la evolución del Estado, la víctima pasó de ser el principal artífice de la justicia, en un sistema primitivo basado en la Ley del Talión, a perder todo el protagonismo en la resolución de la disputa penal, al asumir el Estado el monopolio del *ius puniendi*. Se dio, en palabras de BARONA VILAR, Silvia. “Mediación penal como pieza del sistema de tutela penal en el siglo XXI. Un paso más hacia la resocialización y la justicia restaurativa”. En: Revista de Derecho Penal, núm. 26, 2009, “la expropiación del derecho de la víctima a favor de una tutela de los intereses sociales esencialmente”. Previamente, en el mismo sentido, MANZANARES SAMANIEGO, Jose Luis. Mediación, reparación y conciliación en el Derecho penal. Granada: Comares, 2007, p. 7. En la actualidad la víctima tiene la obligación de denunciar los hechos presuntamente delictivos (art. 259 LECR) y de colaborar con la justicia ofreciendo su testimonio a la policía, al juez instructor y/o al órgano juzgador. Además, en cuanto testigo tiene la obligación de colaborar con la justicia, debiendo acudir al llamamiento judicial (arts. 410 y 702 LECR), ya que si no lo hace, puede ser multado o conducido por la fuerza pública, incluso imputado por un delito contra la Administración Pública (arts. 420 y 446 LECR). Igualmente, debe ser veraz en su declaración (art. 433 LECR). Gráficamente, SÁEZ VALCÁRCEL, Ramón. “La mediación penal, una metodología judicial para ocuparse de la reparación y de la resocialización”. En: *Boletín de información del Ministerio de Justicia*, núm. 2062, 2008, matiza que “el juicio como reconstrucción histórica de un cierto y concreto pasaje de historia no se ocupa de la persona, le interesa su relato del hecho, su capacidad para convencer o persuadir de que las cosas sucedieron según la hipótesis acusatoria, de modo excluyente quiere aprovechar su conocimiento para declarar una culpabilidad e infligir una pena”.

9. PASCUAL, Esther. RÍOS, Julián. SÁEZ, Concha. SÁEZ, Ramón. “Una experiencia de mediación en el proceso penal”. En: *Boletín Criminológico*, núm. 102, 2008, reconocen que “la dinámica del sistema penal incrementa la violencia en los conflictos interpersonales. La violencia y la incompreensión convierten al proceso en un encuentro de perdedores”. En el mismo sentido, reconoce abiertamente que la crisis del sistema judicial penal obedece principalmente al importante grado de insatisfacción ciudadana, PRATT WESTERLINDH, Carlos. Alternativas a la prisión. Comentarios a las reformas introducidas por las Leyes Orgánicas 15/2003, 11/2003 y 7/2003. Madrid: Dykinson, 2004, p. 122.

10. En el pensamiento abolicionista se dibuja un espacio utópico en el que la resolución del conflicto penal se lleva a cabo únicamente mediante instancias y mecanismos informales. Los minimalistas, más realistas, proponen combinar la jurisdicción con mecanismos informales, limitando la intervención de aquella a lo imprescindible. Describe ambas perspectivas, SALINAS I COLOMER, Esther. “La conciliación víctima-delincuente: hacia un Derecho penal reparador”. En: AAVV, *La mediación penal*. Cataluña: Centre d’Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Generalitat de Catalunya Departament de Justicia, 1999, p. 76.

resolución de aquél con la ayuda de un tercero imparcial, antes, durante o después del proceso penal; apoyándose, al efecto, en el diálogo y entendimiento recíproco, dando voz a la víctima y responsabilizando al delincuente, al tiempo que se ofrece a este último la oportunidad de reparar el daño causado a aquélla, contribuyendo así a la mejora del sistema jurisdiccional.

Sin duda alguna, esta definición bien merece más de una explicación. Analizamos sus caracteres en los siguientes apartados.

### 2.2.2. La mediación penal en cuanto mecanismo de resolución del conflicto penal y su ubicación en el ámbito de la justicia restaurativa

Quede claro, en primer lugar, que mecanismo, vía, instancia, instrumento o procedimiento de resolución son términos sinónimos. Todos ellos quieren denominar un conjunto de actos y actuaciones del mediador y de las partes encaminados a solventar las controversias o conflictos penales, entendiendo por éstas tanto los delitos, como las faltas. Al respecto, conviene matizar, que en el marco de la mediación penal y el pensamiento ideológico que la rodea, en la apuesta por huir de la justicia retributiva y ahondar en la justicia restaurativa –términos en los que ahondaremos a continuación–, no hablamos de los delitos y las faltas en cuanto objeto de la mediación penal, sino de conflictos, disputas o controversias. Es una cuestión terminológica, pero no carente de matiz. Mientras la categoría del delito y la falta se refieren al Derecho penal, al monopolio del Estado del *ius puniendi*, y a la rigidez que conlleva la defensa y protección del interés público general, el conflicto penal alude a las partes de la infracción penal concreta, al que la comete (delincuente, victimario) y al que la sufre (víctima, lesionado) en el caso concreto. Responde, en definitiva, a una nueva manera de enfrentarse a los ilícitos penales<sup>11</sup>. Esta nueva perspectiva la tenemos que entender en el contexto de la corriente mundial *Alternative Dispute Resolution* (ADR), movimiento global y globalizante, en plena expansión en estos momentos, que postula, no la desaparición de la jurisdicción, en cuanto cauce para solventar las disputas, sino la diversificación de los mecanismos de resolución, potenciando los mecanismos privados para evitar el cúmulo de debilidades de la jurisdicción<sup>12</sup>.

En el seno del movimiento mundial citado, con origen en EEUU y Canadá<sup>13</sup>, poco a poco se va a dar un cambio de paradigma en la justicia penal, pasando de un modelo de sistema penal imperativo basado en la justicia retributiva, a un modelo de justicia penal restaurativa o restauradora, consensual y negociadora. Se transita de

---

11. Del mismo modo, en vez de referirnos al delincuente, nos referimos al infractor, término, con más carga social, que quiere designar al que ha infringido una norma social y por tanto, tiene que hacer frente a una responsabilidad social.

12. En nuestro país expone brillantemente la génesis, características y evolución de este movimiento mundial, BARONA VILAR, Silvia. Solución extrajurisdiccional de conflictos. "Alternative dispute resolution" (ADR) y Derecho procesal. Valencia: Tirant lo blanch, 1999. También, ORDEÑANA GEZURAGA, Ixusko. Análisis crítico del arbitraje laboral y su entorno en el ordenamiento jurídico español. Madrid: Civitas-Thomson, 2009, pp. 22-72.

13. Concretamente, en proyectos de reconciliación/reparación víctima-autor, Victim-Offender Reconciliation/Reparation Programs (VORP). Se detiene en el análisis de estos orígenes, VARONA MARTÍNEZ, Gema. La mediación reparadora como estrategia de control social. Una perspectiva criminológica. Granada: Comares, 1998, p. 203.

un sistema presidido por el principio de legalidad en el que prevalece el principio de necesidad, a otro en que el prima el principio de oportunidad<sup>14</sup>.

La justicia restaurativa parte de la concepción del delito, más como violación de relaciones humanas, que como violación de leyes, entendiendo que el delito se comete más contra personas y comunidades que contra Estados, por lo que no pertenece ni exclusiva ni principalmente al Estado, formulándose, por ende, como un mal social que pertenece a todos los individuos que viven en una sociedad. No duda este planteamiento de la justicia de que el delito o conflicto jurídico penal es malo, y en cuanto tal, algo a evitar, sin embargo, considerando que, una vez ocurrido, existen tantos riesgos como oportunidades respecto al mismo, prefiere optar por las segundas sin olvidar los primeros. En este contexto, es víctima aquella persona que sufre directamente el delito. Víctima que tiene voz y a la que hay que escuchar. Todos los demás (familiares, sociedad, poderes, policía,...) son víctimas secundarias. Por su parte, el delincuente es una persona que ha causado un conflicto penal y que tiene capacidad para afrontar las consecuencias de su acción delictiva.

Pues bien, una vez ocurrido el delito, la respuesta que para éste prevé la justicia restaurativa a la luz del principio de oportunidad, consiste en la reparación, en la medida de lo posible, de los daños que el delito provoca, a la víctima (tanto físicos, como psíquicos)<sup>15</sup>, a la sociedad que ha visto amenazada su seguridad y al propio victimario. Para ello, se requiere la participación y protagonismo directo de ambos, quedando el Estado en plano subsidiario o secundario. El delincuente tiene que hacer frente a la víctima de su delito y a las normas sociales y penales que ha transgredido. Tiene que ser responsable de sus actos. Se protegen, al mismo tiempo, sus derechos y garantías. Como consecuencia de esta reparación, el victimario aprenderá y se sentirá integrado en la sociedad, a cuya paz también contribuye mediante su acto de reparación, mostrando así que un Derecho penal basado en la reparación es sobre todo un Derecho penal resocializador y no estigmatizador. Esta reparación, como respuesta al delito, debe ser pronta, basada en la voluntad del delincuente y la víctima y dotada de la mínima coerción. ¿Qué ocurre si los delincuentes no quieren reparar el daño causado? La justicia restaurativa reconoce abiertamente esta posibilidad y postula que en ese caso aquéllos deberán quedar en lugares donde se ponga énfasis en la seguridad, en los valores éticos, en la responsabilidad y en la civilidad.

Resumiendo pues, la justicia restauradora es una justicia más útil para todos, menos retributiva y más cercana al ciudadano, que simplifica el sistema penal, que prescindiendo de castigar, compensa; en lugar de excluir, reintegra; en vez de clamar venganza, perdona, y alejada de la imposición, media. Es una justicia que busca respuestas positivas al delito, humanizando el sistema penal<sup>16</sup>.

14. Como claramente sintetiza BARONA VILAR, Silvia. La conformidad en el proceso penal. Valencia: Tirant lo blanch, 1994, p. 223, la gran diferencia entre ambos estadios reside en si la decisión del Ministerio Fiscal de pedir el sobreseimiento es estrictamente reglada o, en alguna medida, discrecional.

15. Se trata de satisfacer sus necesidades reales, concibiendo así con JIMÉNEZ SALINAS, D. "La conciliación víctima-delincuente como alternativa a la justicia penal". En: *Paper d'Estudis i formacio*, núm. 8, 1992, la justicia restaurativa para la víctima como alternativa a la justicia retributiva para el delincuente.

16. Exponen esta nueva concepción del sistema penal basado en la justicia restaurativa para llegar a la conclusión señalada, HIGHTON, Elena. ÁLVAREZ, Gladys. GREGORIO, Carlos. Resolución alternativa de disputas

Haciendo a un lado el nuevo paradigma de justicia penal en el que se ubica la mediación penal y todas sus buenas intenciones, es innegable que en la actualidad en nuestro ordenamiento jurídico es la jurisdicción la vía más utilizada para solventar las infracciones de las normas penales.

### 2.2.3. Los elementos personales en la mediación penal: las partes en conflicto y el tercero imparcial

En este punto tenemos que fijarnos en los sujetos que intervienen en la mediación penal: las partes y el tercero imparcial o mediador. Si en el proceso penal las partes son despojadas de su conflicto, quedando la gestión y arreglo de éste en manos exclusivas de los jueces, la mediación penal convierte a la víctima y al victimario, entendidos ambos conforme a los postulados de justicia restaurativa expuestos, en protagonistas de la resolución de su conflicto. Mientras en el proceso penal la voz de la víctima, incluso la del delincuente, queda neutralizada por las formas que conlleva el rito judicial, la mediación permite que los protagonistas del conflicto saquen y muestren sus sentimientos y emociones. Ellas deciden, en primer lugar, hacerse con los mandos de la resolución de su disputa, optando por el restablecimiento del diálogo roto por el delito, apostando por la comunicación y la interacción. En sus manos queda en gran medida también la decisión de la forma de la tramitación (lugar, tiempo,...).

Sin embargo, las partes no actúan solos en la mediación penal. Es imprescindible la intervención del mediador, tercero que da nombre al mecanismo. Es su labor hacer que las partes se escuchen y respeten, que conviertan los reproches en entendimientos,... Dirige el procedimiento, ayudando, en definitiva, a obtener un acuerdo que satisfaga las necesidades de ambos conforme a los postulados de la justicia restaurativa. Dos son las obligaciones principales del mediador: la imparcialidad y la confidencialidad<sup>17</sup>.

### 2.2.4. Momento de la mediación penal: antes, durante o después del proceso penal

La mediación puede celebrarse antes del proceso penal, en el desarrollo de éste o una vez iniciado éste<sup>18</sup>. Obviamente, la finalidad de la mediación penal será distinta

---

y sistema penal. La mediación penal y..., *op.cit.*, p. 83, DAPENA, José. "La mediación y la reparación". En: AAVV (Coor. GONZÁLEZ-CAPITEL MARTÍNEZ, C.), *Mediación x 7*. Barcelona: Atelier, 2001, p. 211, CONSEDI-NE, Jim. Restorative justice healing the effects of crime. Nueva Zelanda: Ploughshares Publications, 1995, p. 11, LERMAN, David. "Restoring justice". En: AAVV (Ed. MENKEL-MEADOW, Carrie.) *Mediation. Theory, policy and practice*. Aldershot: Ashgate, 2001, p. 591 y BRAITHWAITE, John. "Principles of Restorative Justice". En: AAVV (Ed. VON HIRSCH, Andrew. ROBERTS, Julian. BOTTOMS, Anthony. ROACH, Kent. SCHIFF, Mara) *Restorative justice and criminal justice. Competing or reconcilable paradigms?* Oxford: Hart Publishing, 2003, p. 1.

17. Mantiene GIMENO, Robert., VIZCARRO, Carlos. "La mediación en el ámbito penal juvenil". En: *Anuario de Justicia Alternativa*, núm. 2, 2001, que la labor externa y neutral del mediador debe servir para ayudar a las partes a tomar conciencia de la experiencia que han vivido, para que la elaboren y reutilicen en el futuro a partir de las conclusiones que ellos mismos han sacado. Presenta reflexiones interesantes sobre la tarea del mediador penal, PETZOLD RODRÍGUEZ, María. "Algunas consideraciones sobre la labor del mediador penal". En: *Frónesis: Revista de filosofía jurídica, social y política*, núm. 3, 2008.

18. Estamos ante lo que la doctrina viene llamando mediación penal preprocesal, mediación intraprocésal

en cada uno de los supuestos. Mientras en el primero, se tratará de evitar el proceso penal, en el segundo sus consecuencias serán diferentes según la fase procesal en la que se desarrolle la mediación: se podrá obtener un auto de sobreseimiento o una sentencia de conformidad, atendiendo a si el juicio oral está abierto o no. Por último, una vez dictada sentencia penal, también se puede utilizar la mediación penal en fase de ejecución para obtener la suspensión de la pena o la sustitución de la pena privativa de libertad por otra. Igualmente, se puede utilizar para solventar los conflictos que surgen en los centros penitenciarios.

### **2.2.5. El fundamento de la mediación penal y su metodología: la libertad como fuente y causa de la mediación penal y el diálogo y entendimiento recíproco como método para arreglar pacíficamente la controversia penal**

La mediación penal sólo puede tener un origen: la libertad de las partes, su autonomía de la voluntad. Únicamente su consenso puede suponer la apuesta por la vía pacífica de resolución de su conflicto, dejando en segundo plano al Estado, a su Poder Judicial y la coacción que le acompañan, acaparando todo el protagonismo ellas mismas. Optan por renunciar a la solución vertical del conflicto e intentar su solución horizontal. Esta premisa supone principalmente, que las partes sólo pueden someterse a la mediación penal conociendo qué es, cómo se desarrolla (sus fases) y sus consecuencias, y que en cualquier momento la pueden abandonar. Al mismo tiempo, el recurso a la mediación nunca puede significar el reconocimiento de la comisión de los hechos o la culpabilidad por una de las partes, porque ello supondría la infracción más grave de la presunción de inocencia.

Esta libertad que da inicio a la mediación se convierte en su pauta metodológica principal. Las partes optan por huir de la coacción del proceso penal y profundizar en el diálogo, poniéndose uno en lugar del otro, en cuanto dinámica para obtener el entendimiento mutuo. Se convierte así la mediación penal en un espacio o punto de encuentro entre el victimario y la víctima. Se desarrolla, con ayuda del mediador, un diálogo menos lesivo, agresivo e incisivo que la vía jurisdiccional, diálogo que, enmarcado en las dinámicas que prevea el mediador, configura la tramitación de la mediación penal. Al respecto, en cuanto jurisdiccionalistas, nos irrita que se hable del proceso de mediación penal para referirse a la tramitación de este mecanismo. En cuanto el proceso únicamente puede tener lugar ante los tribunales, ante la autoridad judicial, a la tramitación de este mecanismo extrajurisdiccional se le debe denominar procedimiento<sup>19</sup>. Ciertamente que presenta similitudes con el proceso, en cuanto también en la tramitación de la mediación penal se da la dualidad de posiciones<sup>20</sup>, y

y *mediación postsententian*. Por todos, BARONA VILAR, Silvia. "Mediación penal como pieza del sistema de tutela penal en el siglo XXI... *op.cit.*

19. Apuntan MONTERO AROCA, Juan. GÓMEZ COLOMER, Juan Luis. MONTÓN REDONDO, Alberto. BARONA VILAR, Silvia. Derecho jurisdiccional I. Parte general, 17ª ed. Valencia: Tirant lo blanch, p. 305, que "mientras existe procedimiento en cualquier actividad jurídica, el proceso es propio y exclusivo de la actuación jurisdiccional". Con los citados, entendemos el proceso como el instrumento mediante el que los jueces juzgan y los ciudadanos satisfacen el derecho de acción en la vía jurisdiccional.

20. Las correspondientes a cada una de las partes, si bien en el procedimiento de mediación optan por abandonar la estrategia combativa que caracteriza el proceso y por profundizar en el diálogo y entendimiento recíproco.

se deben proteger especialmente la igualdad y contradicción de las partes, su derecho de defensa y la presunción de inocencia, todos ellos elementos del derecho de acción, previsto específicamente en el art. 24 CE para la jurisdicción. En cualquier caso, el procedimiento de la mediación penal es más flexible que el proceso penal, que es más riguroso y estandarizado.

Especialmente conviene remarcar la confidencialidad de la mediación penal. Esta técnica es un espacio de intimidad en el que el victimario y la víctima pueden expresarse con absoluta libertad. El mediador debe guardar secreto de lo escuchado en las conversaciones entre las partes y nunca puede ser llamado a juicio como testigo o perito, salvo que sea para ratificar la veracidad del acta de reparación. Del mismo modo, al juez no se le va dar cuenta de lo actuado en el procedimiento de mediación. Eso queda para los protagonistas de la disputa. Sólo se remite a la jurisdicción el documento final, resultado o acta de la mediación, que recoge, en su caso, los posibles acuerdos de las partes<sup>21</sup>.

### 2.2.6. La mediación penal es el instrumento adecuado para dar voz a la víctima

Como decíamos, la víctima es el desdeñado del sistema penal en general y del proceso penal en particular y su olvido una de las causas principales de la crisis de legitimación que están viviendo ambos. Tal y como se ha reconocido a nivel internacional<sup>22</sup>, si se quiere obtener una justicia penal que intente satisfacer las necesidades de la sociedad, de la víctima y del victimario, es necesario dar voz a la víctima, sacarle del letargo al que le ha sometido el modelo de justicia meramente retributiva y reconocerle su protagonismo a la luz del paradigma de justicia restaurativa. La mediación penal es el instrumento adecuado para ello. Es el elemento que pone

---

21. En este sentido, no podemos negar que la publicidad del proceso penal es un instrumento que refuerza el carácter ejemplar de la pena, sin embargo, no satisface especialmente a las partes del conflicto, causando muchas veces dolor añadido a la víctima y al propio delincuente.

22. Así se manifestó en el VI Congreso de la ONU celebrado en Caracas del 25 de agosto al 5 de septiembre de 1980, que se centró en la prevención del delito y el tratamiento del delincuente, y posteriormente, en el VII Congreso de la ONU sobre la misma temática, celebrado en Milán en 1985. Años más tarde también se refirió a la víctima, instando a los Estados a intercambiar información y experiencia sobre la mediación y la justicia restauradora, la Resolución 1999/26, del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, de 28 de julio de 1999, sobre el desarrollo y la aplicación de medidas de mediación y justicia reparadora en el Derecho Penal. Aunque con ámbito territorial más reducido, a nivel europeo también nos encontramos con instrumentos jurídicos en el mismo sentido. Así, la Recomendación núm. (83) 7, de 23 de junio, del Comité de Ministros del Consejo de Europa; la Recomendación núm. R (85) 11, de 28 de junio de 1985, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre la posición de la víctima en el marco del Derecho penal y del procedimiento penal; la Recomendación núm. R (87) 21 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 17 de septiembre de 1987, sobre la asistencia a las víctimas y la prevención de la victimización; la Recomendación núm. R (92) 16 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre las reglas europeas sobre las sanciones y medidas aplicadas en la comunidad y la Recomendación núm. R (99) 19 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 15 de septiembre, sobre la mediación penal. En el mismo sentido, tampoco podemos omitir la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento europeo y al Comité Económico y Social sobre las víctimas de delitos en la Unión Europea: normas y medidas, de 28 de mayo de 1999, la Resolución del Parlamento Europeo sobre la Comunicación de la Comisión sobre las Víctimas de delitos en la Unión Europea, de 15 de junio de 2000, la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo de la Unión Europea, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, ni la Recomendación núm. (2006) 8, de 14 de junio de 2006, sobre asistencia a las víctimas de infracciones criminales.

cara a la víctima en la sociedad, y sirve para que aquélla se sienta escuchada, comprendida, arropada y reparada. En definitiva, es el cauce pertinente para devolver su dignidad a la víctima. Todo ello, remarcando, que la mediación penal no pretende en ningún momento restar protagonismo al victimario: el delincuente que, a diferencia de la víctima, siempre ha sido escuchado y protegido en la vía jurisdiccional, también va a ser protagonista de la mediación penal.

### 2.2.7. La mediación penal responsabiliza al delincuente ofreciéndole la oportunidad de reparar el daño causado a la víctima

La mediación penal pone al agresor en frente de la víctima, con el objetivo de que aquél repare el daño causado al tiempo que se responsabiliza de las transgresión de las normas sociales y penales cometida, sintiendo el arrepentimiento e interiorizando su culpa y aquellas normas de convivencia que ha infringido, contribuyendo así a la paz social de la comunidad. Se satisfacen así los intereses de la víctima, del victimario y de la sociedad<sup>23</sup>. Quede claro que la reparación a la víctima y a la sociedad, bien simbólica (el arrepentimiento y la petición de perdón), bien material (abonar una cantidad de dinero, realizar un servicio social,...) es el centro del nuevo paradigma de justicia restauradora, en su cometido de ofrecer una alternativa no punitiva o minimizadora de la respuesta penal. Con ello, se introducen elementos educativos y preventivos de conductas delictivas futuras en el Derecho penal<sup>24</sup>.

### 2.2.8. La relación de la mediación penal con la jurisdicción: principio de oficialidad de la mediación y su contribución a la mejora de la vía jurisdiccional

Es importante entender la relación entre la mediación penal y la jurisdicción. Aunque ciertamente, la mediación es una técnica extrajurisdiccional, no se puede entender fuera del marco de la jurisdicción. La mediación penal no puede pretender, ni debe, sustituir al proceso jurisdiccional; justo al contrario, debe erigirse en instrumento para mejorar la vía jurisdiccional<sup>25</sup>. Hablamos, al respecto, de la oficialidad de la mediación penal y de su resultado. A la luz de este principio la mediación penal debe considerarse un instrumento de la jurisdicción, desarrollada con supervisión y control de los jurisdicentes, sin merma alguna del *ius puniendi* del Estado, ni de los derechos de los ciudadanos. Por consiguiente, es competencia de los jueces, previo acuerdo

23. En este sentido, MAIER, Julio. "La víctima en el sistema penal". En: Jueces Para la Democracia, núm. 12, 1991. También, SAN MARTÍN LARRINOA, María Begoña. La mediación como respuesta a algunos problemas jurídico criminales. Vitoria: Gobierno Vasco, 1997, p. 31, DELGADO MARTÍN, Joaquín. "La mediación de la justicia de menores. Una experiencia positiva: Cataluña". En: Actualidad Penal, núm. 1, 1998 y HUDSON, Barbara. "Victims and offenders". En: AAVV (Ed. VON HIRSCH, Andrew. ROBERTS, Julian. BOTTOMS, Anthony. ROACH, Kent. SCHIFF, Mara) Restorative justice and criminal justice. Competing or reconciliable paradigms?, *op.cit.*, p. 177.

24. Luego, el nuevo Derecho penal se sustenta no sólo sobre las clásicas penas y medidas de seguridad, propias de la justicia retributiva, junto a aquéllas aparece una nueva consecuencia del delito: la reparación.

25. Deben aprovecharse sus bondades (rapidez, respuesta a las necesidades de ambas partes y de la sociedad, coste bajo,...) para mejorar el sistema jurisdiccional penal, contribuyendo eficazmente a su descongestión. En términos similares, DE JORGE MESAS, Luis Franciso "La mediación en el proceso penal español. Experiencias en la jurisdicción ordinaria (adultos)". En: Actualidad Jurídica Aranzadi, núm. 498, 2001.

con el Ministerio Fiscal, derivar un caso a mediación y el acuerdo logrado en esta técnica extrajurisdiccional, en su caso, se debe incorporar al proceso penal, como sobreseimiento, como conformidad o como beneficio en la ejecución. Del mismo modo, la mediación no puede escapar a la legalidad, sin perjuicio de que se apoye más en el principio de oportunidad que en el de necesidad. De ahí, que sea básico el respeto a derechos y garantías típicas de la vía jurisdiccional (la imparcialidad del tercero, la presunción de inocencia, la igualdad y contradicción de las partes,...).

En este punto conviene destacar que la mejora de la vía jurisdiccional que acarrea la mediación penal y su fomento justifican la gratuidad de los servicios de mediación penal. Deben considerarse éstos, conforme a lo narrado, parte de la solución que al conflicto pone la sociedad y de la responsabilidad del Estado en la solución del conflicto penal. Ello, porque no se puede privatizar la resolución del conflicto penal, ni renunciar a la intervención penal del Estado.

### **3. MARCO JURÍDICO PRECARIO VIGENTE EN EL QUE FUNCIONA LA MEDIACIÓN PENAL**

La mediación penal carece de una ordenación completa, sistemática y coherente en nuestro ordenamiento jurídico, de ahí, que tengamos que reconocer el mérito de las experiencias de mediación penal que han tenido lugar y siguen existiendo en diferentes Comunidades Autónomas de nuestro país, basadas principalmente en la voluntad del personal jurisdiccional, del Ministerio Fiscal y de los propios protagonistas de la disputa (víctima-victimario)<sup>26</sup>. Sin embargo, la falta de cobertura jurídica hace que la seguridad jurídica no sea rasgo distintivo de las experiencias mediadoras en el ámbito penal en nuestro ordenamiento jurídico, lo que ha hecho que estas experiencias se consideren excepcionales y sus resultados inestables. Por ello, si queremos normalizar la mediación penal es imprescindible la inmediata intervención del legislador al respecto.

Retomando la cuestión, y fijándonos en la ordenación vigente en torno a la cual se han articulado las experiencias de mediación penal, ciertamente, en nuestro ordenamiento jurídico, basado en la justicia retributiva, también existen visos de la justicia restaurativa, elementos en los que aparece el principio de oportunidad junto al de necesidad, reconociéndose una discrecionalidad reglada<sup>27</sup>. Así, (1) es causa genérica de atenuación de la responsabilidad criminal, el 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 juicio oral (art. 21.5 CP). Además, (2) se ordena la reparación a la víctima como atenuante específica en determinados delitos<sup>28</sup>. Igualmente, (3) en otros delitos la reparación produce

---

26. Recoge un listado de las experiencias más importantes de mediación penal que se han dado en España, BARONA VILAR, Silvia. "Mediación penal como pieza del sistema de tutela penal en el siglo XXI... *op.cit.*

27. No iba a ser excepcional nuestro ordenamiento jurídico, cuando a nivel mundial se reconoce que la regulación de la mayoría de los Estado recoge desde siempre elementos de la justicia restaurativa. En este sentido, WEITEKAMP, Elmar Georg. *Restitution: a new paradigm of criminal justice or a new way to widen the system of social control?* Michigan: UMI Dissertation Services, 1998, p. IV.

28. Concretamente, en delitos sobre el ordenamiento del territorio (arts. 319 y ss. CP); sobre el patrimonio

la exención de la pena<sup>29</sup> y (4) se ordena la conformidad en el proceso penal (arts. 655 y 694 a 700 LECr). Tampoco podemos omitir, (5) que para la persecución de los delitos semipúblicos se exige denuncia y querrela para los privados<sup>30</sup> y (6) que es posible obtener el perdón del ofendido en algunos delitos y faltas<sup>31</sup>. Cabe recordar, también, que (7) los delitos de injurias y calumnias exigen conciliación previa obligatoria (arts. 278 y 804 LECr) y (8) que se reconoce a los jueces la posibilidad de dejar en suspenso la ejecución de las penas o de sustituirlas (arts. 80 y 88 CP)<sup>32</sup>. Por último, y como cláusula de cierre, no podemos olvidarnos del indulto (art. 4.4. CP), la libertad provisional,.... y de que la mediación penal ya está regulada en el ámbito de los menores.

---

histórico (arts. 321 y ss. CP); contra los recursos naturales y el medio ambiente (arts. 325 y ss. CP) y los relativos a la protección de la flora y fauna (art. 332 y ss. CP), entendidos todos ellos en relación al art. 340 CP.

29. Así es en los delitos contra la hacienda pública; contra la seguridad social y el fraude de subvenciones (arts. 305 a 310 CP).

30. Son delitos semipúblicos previstos en nuestro ordenamiento, el consistente en practicar la reproducción asistida a una mujer sin su consentimiento (art. 161 CP); los delitos de agresiones, acoso o abusos sexuales (art. 191 CP); los de descubrimiento y revelación de secretos (art. 201 CP); el que consiste en dejar de cumplir los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar o de prestar la asistencia necesaria legalmente establecida para el sustento de sus descendientes, ascendientes o cónyuge, que se hallen necesitados y el que se comete dejando de pagar durante dos meses consecutivos o cuatro meses no consecutivos cualquier tipo de prestación económica en favor de su cónyuge o sus hijos establecida en convenio judicialmente aprobada o resolución judicial, en los supuestos de separación legal, divorcio, declaración de nulidad del matrimonio, proceso de filiación, o proceso de alimentos a favor de sus hijos (arts. 226.1, 227.1 y 228 CP); los daños causados por imprudencia grave en cuantía superior a 80.000 euros (art. 267 CP); los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores (arts. 270 a 287 CP, remarcando este último la necesidad de denuncia previa para perseguir estos delitos); los societarios (arts. 290 a 296 CP, requiriendo este último la denuncia previa). También son semipúblicas las faltas que consistan en amenazar a otro con armas u otros instrumentos peligrosos de modo leve, o en sacar aquéllas en riña, salvo que sea en justa defensa, y salvo que el hecho sea constitutivo de delito, o en causar a otro una amenaza, coacción de injuria o vejación injusta de carácter leve (art. 620 CP) y las faltas contra las personas del art. 621 CP. La lista de delitos privados es reducida. Únicamente son dos, la calumnia y la injuria (ambos art. 215 CP).

31. Cabe el perdón del ofendido en los delitos de descubrimiento y revelación de secretos (art. 201 CP), en la calumnia e injuria (art. 215 CP), en el caso de daños causados por imprudencia grave en cuantía superior a 80.000 euros (art. 267 CP) y en las faltas de los arts. 620 y 621 señaladas (art. 639 CP). En todos estos casos, cuando estos delitos o faltas se cometen contra menores o incapacitados, los jueces o magistrados, oído el Ministerio Fiscal, pueden rechazar la eficacia del perdón otorgado por los representantes de aquéllos, ordenando la continuación del procedimiento, con intervención del Ministerio Fiscal, o el cumplimiento de la condena (art. 130 CP). Además, tenemos que señalar el caso especial del testigo que habiendo prestado falso testimonio en causa criminal, se retracta en tiempo y forma, manifestando la verdad para que surta efecto antes de que se dicte sentencia, quedando por ello exento de pena (art. 462 CP).

32. Cabe la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad no superior a 2 años, siempre mediante resolución motivada, atendiendo a la peligrosidad criminal del sujeto y a la existencia de otros procedimientos penales contra aquél (art. 80 CP). Por otra parte, el art. 88 CP prevé la posibilidad que el juez o tribunal pueda sustituir las penas de prisión que no excedan de un año (excepcionalmente 2 años), por multa o por trabajos en beneficio de la comunidad, cuando la naturaleza del hecho, las circunstancias especiales del reo, su conducta y en particular, el esfuerzo por reparar el daño causado, así lo aconsejen. Lo explica, GARRO CARRERA, Enara. *Reparación del daño e individualización de la pena. Derecho comparado y regulación española* (art. 21.5 del Código Penal), Universidad del País Vasco-Euskal Herriko Unibertsitatea, Bilbao 2005, pp. 362 a 383.

## 4. EJEMPLO PRÁCTICO DEL ADECUADO FUNCIONAMIENTO DE LA MEDIACIÓN PENAL: EL SERVICIO DE MEDIACIÓN PENAL DE BARAKALDO

### 4.1. Presentación del Servicio de Mediación Penal de Barakaldo

El Servicio de Mediación Penal de Barakaldo (SMPB) es uno de los Servicios de Cooperación con la Justicia existente en la Comunidad Autónoma Vasca, dependiente de la Dirección de Ejecución Penal del Departamento de Justicia, Empleo y Seguridad Social del Gobierno Vasco<sup>33</sup>. Este servicio inició su andadura en julio de 2007 en colaboración con los órganos judiciales de Barakaldo y la Fiscalía<sup>34</sup>. Meses antes, la Fiscal Jefe de Euskadi, la Fiscal Coordinadora de Barakaldo y la Juez Decana de esta localidad fabril, empezaron a trabajar y a redactar los protocolos que guiarían la labor mediadora.

El Servicio de mediación penal al adulto de Barakaldo lo integra un equipo multidisciplinar, compuestos de tres profesionales especializados y con experiencia, una psicóloga, un trabajador social y un Licenciado en Derecho, actuando el último como coordinador. De su gestión se encarga GEUZ, el Centro Universitario de Transformación de Conflictos de la Universidad del País Vasco-Euskal Herriko Unibertsitatea y cuenta con la financiación del Gobierno Vasco. El SMPB se ubica en el Palacio de Justicia de Barakaldo, donde cuenta con dos espacios, un despacho para tareas administrativas y una sala para la realización de las entrevistas individuales y las mediaciones<sup>35</sup>.

### 4.2. El procedimiento de mediación penal en este servicio y sus objetivos

La experiencia de mediación penal que se está desarrollando en este Servicio considera la mediación penal reparadora fórmula complementaria al procedimiento judi-

---

33. Son otros servicios de cooperación con la justicia en nuestro territorio, el Servicio de Asistencia a la Víctima, el Servicio de Asistencia al Detenido y el Servicio de Asistencia a la Reinserción.

34. La idea de poner en marcha un servicio de estas características rondaba ya hace años por el Gobierno Vasco, miembro del *European Forum for Restorative Justice*. Muestra de este interés, en enero de 2004 su Departamento de Justicia, Empleo y Seguridad Social organizó en Bilbao un Encuentro Internacional sobre Mediación Penal en la jurisdicción ordinaria con intención de mostrar en nuestra CCAA las bondades de la Justicia restaurativa. Su fruto inmediato fue la constitución de un grupo integrado por personas de distintas actividades profesionales dentro de la Administración de Justicia (jueces, fiscales y letrados) y el Ejecutivo vasco con el objetivo de diseñar un proyecto de mediación penal para Euskadi. Firme en su propósito, acatando la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea relativa al Estatuto de la Víctima en el proceso penal (2001/220/JAI), que fijaba en marzo del 2006 el plazo máximo para impulsar la mediación penal, la Dirección de Ejecución Penal del Gobierno Vasco encomendó a la Asociación de Mediación para la Pacificación de Conflictos de Madrid la elaboración de un plan sobre el que desarrollar la mediación penal en Euskadi.

35. Sin duda, esta localización contribuye a la humanización de la justicia, porque en el Palacio de Justicia mentado no se reparte justicia únicamente en base a los paradigmas retributivos, sino también restaurativos. La ubicación del Servicio de Mediación Penal de Barakaldo responde a lo que el profesor SANDER ya hace años denominó "Multidoor Court-House", el tribunal del futuro, en el que se ofrecerían una pluralidad de medios de resolución a los ciudadanos, entre los que se encontraría la propia jurisdicción. El ciudadano presentaría su disputa a un funcionario, quien le recomendaría el medio de solución más adecuado para el mismo. Se puede leer en SANDER, Frank. "Alternative methods of dispute resolution: an overview". En: AAVV (Ed. FREEMAN, Michael) *Alternative Dispute Resolution*. Sidney: Dartmouth, 1995.

cial, incardinada en éste. En esta configuración, el procedimiento de mediación penal se controla por los operadores jurídicos, exigiendo en todo caso el acuerdo de las partes sanción judicial; se protegen siempre los derechos de todas las partes, sin que la dignificación de la víctima pueda conllevar el menosprecio de los derechos del delincuente y se garantiza el interés público inmanente al *ius puniendi*. Del mismo modo, en desarrollando esta mediación el SMPB pretende alcanzar 6 objetivos: (1) Ofrecer un procedimiento de mediación penal en todas las fases del proceso penal (instrucción, enjuiciamiento y ejecución), brindando a las partes del delito o la falta la posibilidad de participar activamente en la resolución del mismo con ayuda del mediador; (2) otorgar protagonismo directo a la víctima y al victimario en la resolución y transformación del conflicto; (3) reconocer a las partes oportunidad de comunicarse y de introducir en el procedimiento de mediación elementos y aspectos subjetivos que no suelen aparecer en el proceso penal, profundizando en la solución consensuada más allá de la mera sanción penal; (4) responsabilizar a la persona infractora del hecho cometido y del daño producido a la víctima, promoviendo la reparación efectiva del mismo, (5) ayudar a que las partes comprendan mejor el procedimiento de gestión o resolución del conflicto, y (6) disminuir la carga de trabajo de la Administración de Justicia.

### 4.3. Actuación

#### 4.3.1. Marco de actuación

Como sabemos, no existe en España una norma concreta que ordene la mediación penal, desarrollándose ésta conforme a protocolos. En el SMPB se aplica el *Protocolo abierto y dinámico de mediación penal reparadora en la Comunidad Autónoma del País Vasco (Juzgados de Instrucción/Juzgados de lo Penal)*, consensuado con todos los agentes que intervienen en la Administración de Justicia<sup>36</sup>.

Conviene destacar especialmente el carácter abierto de este protocolo: la Dirección de Ejecución Penal del Gobierno Vasco ha tenido siempre claro que estamos ante un proyecto en construcción, abierto y dinámico, que puede sufrir todas las modificaciones necesarias para corregirlo y perfeccionarlo, otorgando absoluta libertad a los Juzgados, Fiscalías, Secretarios Judiciales y personal mediador para que de mutuo acuerdo lo modifiquen.

#### 4.3.2. Ámbito objetivo

La mediación practicada en el SMPB se aplica a todos los delitos, salvo el atentado contra la autoridad, a sus agentes o funcionarios públicos (art. 550 CP), debido a la desigualdad institucional que se produce entre las partes en estos casos, y los delitos cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos. Igualmente,

---

36. Antes de poner en marcha la experiencia, la Dirección de Ejecución Penal del Gobierno Vasco reunió a todos los agentes jurídicos afectados (jueces, fiscales, secretarios judiciales del Partido Judicial de Barakaldo) y al equipo de mediadores para determinar los procedimientos de mediación penal que se iban a emplear. Obtenido el consenso, el proyecto de mediación y los procedimientos previstos en el mismo se enviaron al TSJ del País Vasco, al Colegio de Abogados de Bizkaia y al Servicio de Planificación y Análisis de la Actividad Judicial del Consejo General del Poder Judicial. El protocolo mentado es parte de un documento más extenso al que GEUZ denomina "Proyecto de Intervención".

se considera que la calificación jurídico penal de un delito (graves o menos graves) no debe ser determinante para considerar la idoneidad o no de la mediación penal, salvo que así lo establezca la ley o entre en juego el interés general. A sensu contrario, dos se consideran criterios determinantes para decidir sobre la idoneidad de la utilización de la mediación en el caso concreto: las condiciones subjetivas de las personas protagonistas del conflicto y su resolución (sus capacidades personales y la situación coyuntural en la que están) y la significación subjetiva del hecho, independientemente de su calificación jurídico penal<sup>37</sup>. Por otra parte, en los delitos en los que queda patente el desequilibrio de poder entre las partes o su tensión emocional –por ejemplo, en los contrarios a la libertad sexual–, el equipo mediador mirando especialmente la situación psicológica de la víctima y su relación con el delincuente decidirá sobre la idoneidad de la mediación penal.

También se aplica la mediación penal implementada en el SMPB a todas las faltas, salvo a las que infringen el interés general (Título III CP, arts. 629 a 632), las que van contra el orden público (Título IV CP, arts. 633 a 637) y las faltas inmediatas a enjuiciar en el Juzgado de Guardia (962 y ss LECR). Por último, los delitos y faltas que dan lugar a los juicios rápidos, a priori no son susceptibles de mediación penal, aunque, si el juez considera que el caso es idóneo para mediación, tras oír al Ministerio Fiscal y a las partes, puede resolver la tramitación como diligencia previa y remitir el caso a mediación, aplicando el art. 798.2.2º LECR.

#### 4.3.3. Procedimiento

Las fases del procedimiento previstas en el protocolo se diferencian en atención al origen del expediente: los Juzgados de Instrucción (faltas y delitos) y los Juzgados de lo Penal (enjuiciamiento y ejecución). Sucintamente podemos decir en relación a la **fase previa a la mediación**, que ésta es absolutamente voluntaria, si bien las partes pueden acudir a la misma por iniciativa de alguna de ellas o porque el juez se lo ha recomendado<sup>38</sup>. También es posible que el propio Servicio de Mediación o cualquier otro de los servicios de cooperación con la justicia sugiera a las partes el recurso a esta técnica extrajurisdiccional. En cualquier caso, siempre se necesita el visto bueno del Ministerio Fiscal y de los letrados de las partes. Sea de quien fuere la iniciativa, el primer contacto entre el SMPB y las partes de la infracción penal, siempre es telefónico, primero con el infractor, para evitar la victimización secundaria. Además, cuando las partes acepten presentar su conflicto a mediación penal, el juez dictará auto o providencia acordando la remisión del caso a mediación. Es este el momento en que se autorizará al SMPB para conocer el expediente. Entonces, también se remitirá desde el juzgado una carta a las partes, explicándoles que se les va a dar la oportunidad de solventar su disputa mediante mediación penal, que se trata de un procedimiento voluntario y gratuito y que recibirán una llamada del SMPB para poner en marcha, en su caso, la mediación.

37. Es decir, consideran que es la impresión de las personas sobre los hechos lo que convierte al conflicto en merecedor de la mediación penal; las partes deben querer solventar la controversia de manera estable y como forma de evitar conflictos futuros.

38. En Barakaldo hay 4 juzgados de instrucción y 2 de lo penal, luego, a priori, son 6 los jueces que pueden remitir los casos a este servicio, aunque también lo pueden hacer los juzgados de paz del partido judicial.

El protocolo establece una duración máxima de 2 meses para el procedimiento, si bien con posibilidad de prórroga. Obviamente, si el equipo de mediación considera que en un caso determinado no merece o no debe seguirse con el procedimiento lo detendrá. También conviene remarcar que si la víctima es menor o incapaz, deberá acudir acompañada de representante legal obligatoriamente, y que si la víctima se niega a participar y el infractor muestra su disposición al efecto, el equipo de mediación documentará la actividad desarrollada (principalmente la voluntad del delincuente de reparar el daño causado) a los efectos jurídicos oportunos.

Mostrado el consentimiento por ambas partes para participar en la mediación penal se iniciará la **fase de acogida**: el órgano mediador, integrado normalmente por 2 personas, realizará una entrevista con cada una de las partes, en la que se les informará de todo lo relativo a la mediación penal (contenido, naturaleza, partes, forma, normas, rol del mediador y sus efectos e incidencias en el proceso penal). Esta entrevista sirve para que los mediadores conozcan cómo se encuentran y se enfrentan a la mediación las partes, valorando si éstas están preparadas para la fase de encuentro dialogado<sup>39</sup>. Esta **fase del encuentro dialogado** no se da siempre, porque es posible que las partes lleguen a un acuerdo sin tener contacto físico directo (carta, llamada telefónica,...), aunque su celebración es lo más óptimo y verdadera justificación de la técnica. Sin embargo, normalmente, en una entrevista conjunta las partes muestran sus opiniones, sentimientos, realidades. Esta fase dura una o más sesiones y en las mismas el órgano mediador se dedica a controlar el nivel de tensión, a asegurar a las partes el uso de la palabra, a aclarar la conversación y las opiniones y a resumir y traducir opiniones.

La siguiente **fase** es la **del acuerdo o desacuerdo**: si el encuentro dialogado resulta fructífero y las partes llegan a un acuerdo o decisión común, “conforme a su convicción e interés”<sup>40</sup>, recogerán el mismo en un documento. Este acuerdo de reparación debe llevar siempre implícito un plan de reparación. ¿Qué ocurre si las partes no llegan a un acuerdo? El SMPB así se lo hará saber al Juzgado y al Ministerio Fiscal, siguiendo el proceso penal su recorrido normal. Finalice como finalice la mediación, ningún interviniente puede a posteriori utilizar en el juicio el sometimiento a mediación como indicio o dato de culpabilidad del acusado, pues la presunción de inocencia y el derecho a no autoinculparse son esenciales en el proceso penal. Igualmente, en todo caso, las partes han de firmar el documento que recoge el desarrollo de la mediación<sup>41</sup>. También lo suscribirán los letrados de las partes si intervienen. Se entrega una copia de la misma a las partes, al Ministerio Fiscal y al Juez que está conociendo del asunto. Por último, si la mediación ha obtenido acuerdo, posteriormente ratificado ante el juez, el SMPB hará seguimiento del mismo durante el año posterior (**fase de seguimiento**), de cara a evaluar la satisfacción de las partes con la mediación e informar al órgano jurisdiccional de posibles incumplimientos. El seguimiento lo hará el propio SMPB o el Servicio de Asistencia a la Reinserción (SAER).

39. Tras este encuentro el equipo mediador valorará si la mediación no resulta perjudicial para ninguna de las partes y si su interés real es solucionar pacíficamente la controversia.

40. Literal del protocolo. Lo que se exige en puridad con esta expresión es la libertad absoluta en la decisión de las partes.

41. El protocolo lo describe como una especie de acta donde se establece el número de sesiones y otros aspectos fundamentales.

#### 4.4. Estadística

Fijándonos en datos del año pasado (2008)<sup>42</sup>, en el SMPB se cerraron 153 expedientes, en 95 se pudo desarrollar el procedimiento de mediación y en 58 no, bien porque alguna de las partes no ha deseado mediar, bien porque no se la ha podido localizar. A finales del año pasado quedaban 56 expedientes abiertos.

Mirando a la procedencia de los casos, ha sido el Juzgado de Instrucción 3 el que más expedientes a enviado al SMPB (60), mientras que el Juzgado de Instrucción 2 únicamente ha confiado 4 casos a la mediación. El juzgado de lo penal 2 ha remitido 40 casos. ¿En qué fase procesal se han remitido los expedientes al SMPB? Tomando en cuenta los expedientes cerrados, 88 estaban en fase de instrucción, 57 en fase de enjuiciamiento y 8 en fase de ejecución.

Fijándonos en su resultado, y nuevamente tomando en cuenta los expedientes cerrados a 31-XII-2008, 78 mediaciones han terminado con acuerdo y 19 han resultado yermas. Y, ¿por qué no se ha podido celebrar mediación en los expedientes ya cerrados? La causa más frecuente ha sido la falta de deseo del imputado (17 casos) y la menos frecuente la falta de deseo de ambas partes, por no localizar al imputado-victimita o por decisión unilateral de alguno de los abogados (se contabiliza una única causa para cada caso). En 13 casos no se ha podido localizar al imputado<sup>43</sup> y en 4 el órgano jurisdiccional y en el mismo número el SMBP ha impedido la celebración de la mediación.

Mirando al tipo de infracciones objeto de la mediación, la mayoría han sido lesiones (59 delitos y 41 faltas). También se han conocido bastantes delitos de daños y malos tratos (18 y 16, respectivamente). Las faltas de amenazas e injurias también han sido frecuentes (19 y 14, respectivamente). Al contrario, los delitos menos habituales han sido el robo con fuerza en las cosas, la ocupación de bienes inmuebles, la realización arbitraria del propio derecho, la denuncia falsa y el atentado contra agente de la autoridad, habiéndose mediado en una única causa por cada uno de ellos. Igualmente, sólo se ha mediado en un único asunto de faltas de apropiación indebida y contra los intereses generales.

Sin entrar en otros muchos datos objeto de la estadística (personas atendidas, sus condiciones personales –edad, sexo, nacionalidad, estado civil, situación ocupacional, nivel educativo, nivel socio-económico–, la relación entre partes (víctima e imputada), duración del procedimiento,...) nos vamos a fijar en el contenido de los acuerdos obtenidos en las mediaciones en el SMBP. En una gran mayoría de ellos la reparación ha consistido en las disculpas formales (reparación simbólica). En 64 casos se ha conseguido la renuncia a acciones civiles y penales. También han sido abundantes los casos en los que la reparación se ha materializado en el pago a la víctima (en 30 casos) o en el compromiso de que los hechos no vuelvan a ocurrir (en 24 casos). En algunos casos se ha conseguido la retirada de la denuncia (en 8 me-

---

42. Fuente: *Informe sobre los Servicios de Mediación Penal 2008*, Departamento de Justicia, Empleo y Seguridad Social [http://www.justizia.net/Docuteca/Documentos/5084Informe%20estadEDsticoSMP02008\\_sp.pdf](http://www.justizia.net/Docuteca/Documentos/5084Informe%20estadEDsticoSMP02008_sp.pdf)

43. A la víctima únicamente en 2 casos no se la ha podido localizar. La mediación no se ha celebrado por falta de voluntad de la víctima únicamente en 8 casos.

diaciones) y en otros el victimario se ha comprometido a realizar trabajos de reflexión por escrito o servicios comunitarios (en 6 casos, respectivamente).

Por último, entrando en datos que muestran la relación entre la mediación penal y la jurisdicción, en la mayoría de casos la reparación del daño se ha dado antes del escrito de calificación del fiscal (41 casos), si bien también han sido habituales las reparaciones previas al juicio (34 casos). Únicamente en 4 casos la reparación del daño se ha producido tras el juicio. ¿Cómo han finalizado los expedientes judiciales de los asuntos objeto de mediación? En una gran mayoría de casos se ha dictado una sentencia condenatoria (74 en concreto), frente a las 30 sentencias absolutorias. La atenuante del art. 21.5 CP se ha aplicado en la mayoría de las sentencias condenatorias (en 64). Un número reseñable de expedientes judiciales (34 concretamente) han finalizado con el archivo de los mismos.

Una reflexión rápida sobre los datos ofrecidos. La gran conclusión es que la mediación penal funciona. Así lo demuestra la estadística. De 153 expedientes que se han abierto en el SMPB en 95 se ha podido practicar la mediación. Es decir, en el 62 % de los casos, los protagonistas del conflicto penal han optado por la justicia restaurativa, apartando la sed de venganza y la mera retribución, apostando por el diálogo y el entendimiento mutuo en cuanto cauce para solventar la disputa penal. Queda claro también –y es muy bueno– que la mediación no siempre conlleva un acuerdo: en el 82 % de los casos se ha obtenido pero en los restantes no. Luego, no se puede en ningún momento dudar de que lo que prima en esta técnica es la libertad de las partes. También queda claro que esta técnica contribuye a la mejora de la jurisdicción: la mayoría de las mediaciones han evitado la celebración del juicio oral, con el ahorro que ello conlleva para la vía judicial, resultando un elemento fundamental, no sólo para obtener una justicia más justa, sino también para descolapsar la vía jurisdiccional. Por último, queremos destacar que la estadística muestra clarísimamente que mediación no es igual a absolución. La mayoría de los expedientes han finalizado con una sentencia de condena, sin embargo, son expedientes en los que el diálogo producido en la mediación ha satisfecho las necesidades de los protagonistas del conflicto y de la sociedad.

## 5. CONCLUSIONES O DE CÓMO NUESTRA HIPÓTESIS SE CONVIERTE EN TESIS

La mediación penal contribuye a realizar una justicia más pacífica y beneficiosa para el delincuente, para la sociedad y para la propia víctima. Especialmente tenemos que destacar tres de sus bondades: da voz a la víctima, una nueva oportunidad al victimario y contribuye a la mejora de la vía jurisdiccional. Por tanto, ciertamente, es la “alternativa” que funciona, la que mejor responde a los parámetros del desarrollo sostenible. Lo hemos visto en la teoría y en la práctica. Luego, nuestra hipótesis inicial se convierte en tesis: es necesario ordenar y normalizar la mediación penal en nuestro ordenamiento jurídico. No podemos olvidarnos de que así lo exigen las normas supranacionales. Sin embargo, y como principal elemento inspirador de esta ordenación, conviene matizar que la mediación penal no se puede regular como “alternativa” a la vía jurisdiccional; se debe regular como complementaria a aquélla, pues únicamente puede tener lugar con control y supervisión jurisdiccional. Además, la regulación de este mecanismo debe determinar especialmente su ámbito objetivo y subjetivo, su relación con la vía jurisdiccional, el conjunto de derechos que asiste

a las partes en el procedimiento (especialmente se deben garantizar la contradicción, la igualdad y la presunción de inocencia) y el estatuto del mediador (elección, formación, obligaciones y derechos,...). Es importante, al respecto, la actividad del legislador, porque hasta que no exista no habrá una apuesta firme por la mediación en nuestro ordenamiento jurídico.