

See discussions, stats, and author profiles for this publication at: <https://www.researchgate.net/publication/324587034>

# JUSTICIA RESTAURATIVA, MEDIACIÓN PENAL Y VÍCTIMA: VINCULACIÓN EUROPEA Y ANÁLISIS CRÍTICO

Article · April 2018

CITATIONS

0

READS

548

1 author:



**Teresa Armenta-Deu**

Universitat de Girona

27 PUBLICATIONS 19 CITATIONS

SEE PROFILE

Some of the authors of this publication are also working on these related projects:



I+D (referencia DER2017-82146-P) y de la Ayuda para la mejora de la productividad científica de los grupos de investigación (MPC UdG 2016/002). [View project](#)

## JUSTICIA RESTAURATIVA, MEDIACIÓN PENAL Y VÍCTIMA: VINCULACIÓN EUROPEA Y ANÁLISIS CRÍTICO

Por

TERESA ARMENTA DEU  
Catedrática de Derecho Procesal  
Universidad de Girona

[teresa.armenta@udg.edu](mailto:teresa.armenta@udg.edu)

*Revista General de Derecho Europeo* 44 (2018)

**RESUMEN:** El trabajo se centra en el desarrollo y trasposición al ordenamiento español de la *Directiva 2012/29 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012*, donde se establecen *normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos*, en dos textos normativos: la Ley 4/2015 del Estatuto de la Víctima del Delito, y el Real Decreto 1109/2015, de 11 de diciembre, que regula las *Oficinas de Asistencia a las Víctimas del Delito (OAVD; centrándose en dos aspectos específicos: la mediación a la que puede acudir la víctima del delito y el marco más general de la justicia restaurativa*. El objetivo es una reflexión ponderada sobre el respeto a la normativa europea y su desarrollo interno, en sus justos términos, sin maniqueísmos, como única forma de alcanzar una justicia efectiva y garantista.

**PALABRAS CLAVE:** Víctima, justicia restaurativa, mediación penal, vinculación europea

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.- II. JUSTICIA RESTAURATIVA Y MEDIACIÓN PENAL: UNA APROXIMACIÓN GENERAL.- 1. Justicia Restaurativa: primera referencia introductoria. 2. La mediación penal: segunda referencia.- 3. La incorporación de la mediación penal en España. 3. 1. En el proceso de proceso de menores. 3.2. En la última reforma del Código Penal.- III. DIRECTIVA EUROPEA 2012/29/UE; LEY DE ESTATUTO DE LA VÍCTIMA DEL DELITO Y R.D 1109/2015 (OAVD). 1. Directiva 2012/29 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 donde se establecen *normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo*. 1.1. Las garantías en el contexto de los servicios de justicia reparadora: A) Información y orientaciones a la víctima; B) Derivación a servicios de justicia restaurativa; C) Garantías mínimas para el acceso; D) Proceso reparador.- IV. REFLEXIONES FINALES.

## RESTORATIVE JUSTICE, CRIMINAL MEDIATION AND VICTIMS: EUROPEAN CONNECTIONS AND CRITICAL ANALYSIS

**ABSTRACT:** The article focuses on the development and transposition into Spanish law of European Directive 2012/29 passed by the European Parliament and the Council of 25 October 2012, which establishes minimum standards on rights, support for and protection of Victims of Crimes, in two legal texts: Law 4/2015 of the Statute of Victims of Crimes, and Royal Decree 1109/2015, of December 11, regulating the Offices for Aid to Victims of Crime (“OAVD” the initials in Spanish), focusing on two specific aspects: The future prospects are analyzed from a double perspective: their inclusion in two pre-legislative texts and three experiments carried out in the existing legal void. These texts, briefly but, refer to illustrative aspects of restorative justice and mediation and help to compare the aforementioned regulations and pilot experiences. The objective is a balanced reflection on respect for European norms and how these are developed at a national

level without black and white interpretations as to the only way to achieve effective justice and to provide guarantees.

KEYWORDS: Victim, restorative justice, criminal mediation, European connections

Fecha de recepción: 31.01.2017

Fecha de aceptación: 12.01.2018

## I. INTRODUCCIÓN<sup>1</sup>

A partir de una aproximación a los elementos esenciales de la justicia restaurativa y de su máximo exponente, la mediación penal, y del desarrollo de ambas en el ordenamiento español, el trabajo que se inicia con estas líneas persigue efectuar un balance de la trasposición de la Directiva Europea 2012/29 UE a través del Estatuto de la Víctima y el Real Decreto 1109/2015 que regula las Oficinas de Asistencia de la Víctima del delito, así como, una breve referencia a las incorporaciones de la mediación penal en la última reforma del Código Penal, que incluye asimismo la participación de la víctima. Su enfoque, si bien se centra en la vinculación a la normativa europea, no puede efectuarse sin una aproximación a la mediación penal, en algún proyecto representativo y una experiencia piloto propiciada desde el Consejo General del Poder Judicial.

## II. JUSTICIA RESTAURATIVA Y MEDIACIÓN PENAL: UNA APROXIMACIÓN GENERAL

Las posibilidades de la justicia restaurativa se dividen en diferentes sistemas (mediación, conciliación, negociación, arbitraje), de entre los que hoy en día destaca y se prima la mediación<sup>2</sup>.

### 1. Justicia Restaurativa: primera referencia introductoria

Entre los defensores de la justicia restaurativa no hay unanimidad sino posiciones matizadas. Algunas ideas son centrales, como el diálogo restaurativo, la reparación, y la

---

<sup>1</sup> Este trabajo se ha realizado en el marco del proyecto de investigación: I + D “Seguridad jurídica y eficacia de la justicia (puntos críticos de las reformas procesales con la perspectiva añadido de derecho comparación)”, referencia DER2013-42159-P; Ayuda para la mejora de la productividad científica de los grupos de investigación de la Universidad de Girona “Seguridad jurídica y eficacia de la justicia (puntos críticos de las reformas procesales con la perspectiva del derecho comparado)”.

<sup>2</sup> TAMARIT SUMALLA, J.M., “La justicia restaurativa: concepto, principios, investigación y marco teórico”, en TAMARIT SUMALLA, J.M., *La justicia restaurativa: desarrollo y aplicaciones*, Comares, Granada, 2012, pp. 3 y ss.

importancia del “empoderamiento” a víctima y victimario, a lo que se suma la reintegración de la víctima y el ofensor en la comunidad y la ayuda a que las partes vean su relación de aproximación como algo valioso para toda la comunidad; otras como su alcance, y ámbito objetivo de aplicación siguen abiertas a la discusión<sup>3</sup>.

Muy resumidamente, la justicia restaurativa constituye un auténtico cambio de paradigma anclado en la idea del fracaso del modelo actual y en la necesidad imperiosa de acudir a una alternativa que dé un giro de ciento ochenta grados a la relación entre la víctima y el Estado; una profunda revisión de la mentalidad tradicional sobre la función del sistema penal y los modos de afrontar las situaciones creadas por el delito<sup>4</sup>.

La perspectiva restaurativa permite observar la revisión de las funciones jurídicas que provoca la reparación del perjuicio ocasionado por el delito: la naturaleza civil de la reparación, la naturaleza penal de la reparación del perjuicio o la percepción de que la comisión de un hecho delictivo por una persona declarada culpable conlleva la posibilidad de imponerle una pena pero no que sea imprescindible necesario e útil hacerlo. O, desde otro punto de vista, que el problema del delito y de la respuesta o reacción frente a sus consecuencias no puede ser monopolio del Estado<sup>5</sup>.

Surgida históricamente como reacción al olvido de la víctima, la justicia restaurativa ha ido en su trayectoria más allá de la atención a ésta última, más allá incluso del perfeccionamiento del sistema penal. Conforman en realidad una filosofía penal en el seno de un movimiento social amplio que propugna un modelo diferente de justicia, “alternativo a la justicia retributiva”<sup>6</sup>. Comprende, por tanto, una atención al victimario,

---

<sup>3</sup> Conclusiones del Congreso Internacional sobre justicia restaurativa y mediación penal, celebrado en Burgos el 4 y 5 de marzo de 2010. También, la bibliografía citada en *Infra*, nota 5.

<sup>4</sup> En el plano nacional, resulta de interés las obras de TAMARIT SUMALLA, J.M., “La justicia restaurativa: concepto, principios, investigación y marco teórico” en TAMARIT SUMALLA, J.M., *La justicia restaurativa...*, op. cit., pp. 3 y ss. MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. y SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M., “Una mirada hacia la justicia restaurativa. Recuperando el derecho perdido” en *Criminología y Justicia*, n.4 y CASTILLEJO MANZANARES, R., “Justicia restaurativa, mediación penal y víctimas” (original facilitado por la autora) de próxima publicación. En el internacional, mucho más prolijo, ADAMS, S., “Restorative Justice, Responsive Regulation, and Democratic Government”, *Journal of Sociology and Social Welfare*, March, 2004, vol. XXXI, n.º. 1; MEIER, B. D., “Restorative Justice-A New Paradigm in Criminal Law?”, *European Journal of Criminal Law and Criminal Justice*, vol. 6/2, 1998; JOHNSTONE, G. & VAN NESS, D., “The meaning of restorative justice” en JOHNSTONE, G. and VAN NESS, D., *Handbook of Restorative Justice*, Culllompton: Willam Publishing, 2006. El término originariamente acuñado por el psicólogo americano Albert Eglash, la incluye junto a la justicia retributiva y distributiva, como aquella que realmente atiende a la restauración del daño causado a la víctima. Una línea de pensamiento posterior desarrolla esta idea proponiendo la introducción de fórmulas alternativas, BRAITHWAITE, J., *Restorative Justice*, ed. University Press, Oxford, 1998.

<sup>5</sup> QUINTERO OLIVARES, G., “Justicia restaurativa y violencia de género” en CASTILLEJO MANZANARES, R., *El nuevo paradigma de la justicia restaurativa: la pretensión de superación del modelo vigente*, Universidad de Santiago de Compostela, 2014, p. 146.

<sup>6</sup> TAMARIT SUMALLA, J.M., “La justicia restaurativa: concepto, principios, investigación y marco teórico” en TAMARIT SUMALLA, J.M., *La justicia restaurativa...*, op. cit., p.6.

con el que la víctima puede interactuar llegando eventualmente a acuerdos. Desde este punto de vista, el delito, centrado en constituir un conflicto entre víctima y delincuente busca soluciones en el ámbito interpersonal, al que según sus partidarios pertenece, a través de la conciliación, la mediación y los trabajos en beneficio de la comunidad. Y a partir de ahí, sin una posición teleológica unánime entre los propios defensores de la justicia restaurativa, las posturas se diversifican aunque todas partan de la necesidad del diálogo restaurativo y de la reparación, así como del empoderamiento de víctima y victimario y de dar fuerza a un individuo o grupo social desfavorecido a efectos de restaurar y reparar<sup>7</sup>.

Sin entrar en profundidad en esta filosofía que comporta un cambio radical de paradigma sí puede resultar ilustrativo destacar, que a partir de diferentes propuestas de autores como Zehr o Lerner<sup>8</sup>, la adopción de la justicia restaurativa predica que debe abandonarse una excesiva referencia al conflicto y su solución a modo de parámetro de la solución penal y procesal penal, ya que existen otros supuestos caracterizados por la agresión unilateral en que la idea de conflicto no permite captar la esencia del problema y la necesidad de respuesta. Desde esta perspectiva, lo que debe gestionar la sociedad no es meramente un conflicto sino una demanda de justicia, de modo, que para restaurar la confianza y la creencia en la justicia, el Estado puede adoptar una respuesta centrada en la declaración de responsabilidad sobre lo sucedido, como ha resultado tradicional, pero también puede establecer y favorecer mecanismos a través de una respuesta constructiva orientada a la responsabilización y a la reparación; respuesta que tanto víctima como infractor y personas directamente afectadas puedan percibir como justa<sup>9</sup>.

Sus partidarios destacan las ventajas de la justicia restaurativa apelando a las siguientes notas características: a) protagonismo y “empoderamiento” de las personas involucradas en el conflicto; b) voluntariedad; c) centralidad de la víctima; d) reconocimiento del papel de la comunidad; e) apertura a nuevas prácticas restaurativas; f) importancia de la dimensión emocional y comunicativa del proceso; g) no exclusión de ningún delito; h) atención a la evaluación empírica de los programas e, i) complementariedad y autonomía en relación con el sistema de justicia penal<sup>10</sup>.

---

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 15.

<sup>8</sup> LERNER, M.J., *The Belief in a Just World. A fundamental desilusion*, Plenum Press, New York/London, 1980, pp. 9-12. ZEHR, citado por TAMARIT SUMALLA, J.M., “La justicia restaurativa: concepto, principios, investigación y marco teórico” en TAMARIT SUMALLA, J.M., *La justicia restaurativa...*, op. cit., p. 6.

<sup>9</sup> TAMARIT SUMALLA, J.M., “El necesario impulso de la justicia restaurativa tras la Directiva europea de 2012”, *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 1, junio, 2013, pp. 139-160.

<sup>10</sup> TAMARIT SUMALLA, J.M., “El necesario impulso de la justicia restaurativa tras la Directiva europea...”, *loc. cit.*, p. 143.

No cabe profundizar en la complejidad de todas y cada una de estas notas cuando se proyectan sobre la vasta realidad penal, circunstancia que no impide, sin embargo, dejar constancia de que a día de hoy se han abandonado las tesis idealistas que veían en la justicia restaurativa la oportunidad de crear un modelo de justicia que sustituyera al actual. Circunstancia, que por otra parte, tampoco significa que la justicia restaurativa haya perdido toda su fuerza o que no siga teniendo firmes defensores. Quizás al contrario. Las apelaciones a la justicia restaurativa se ven alentadas por la convergencia del empuje de sus partidarios con las dificultades del Estado en la corriente administración de justicia, entendiendo dicho término en su sentido literal, o lo que es igual, en su faceta de un servicio del Estado del que debe responder atendiendo preferentemente a criterios económicos de celeridad y eficacia<sup>11</sup>.

Con todo, la justicia restaurativa no resulta un tema exento de controversia. El cambio radical que comporta lo hace inevitable. Pero no es esta la principal objeción que le oponen sus detractores. Sin ánimo exhaustivo pero para completar una visión general puede señalarse, las dificultades que se denuncian desde las filas de sus mismos partidarios; concretamente: a) el rol del facilitador y particularmente su profesionalidad; b) la forma de articulación con la justicia penal y los efectos procesales o en la ejecución de la pena; c) el modelo restaurativo, en el que puede primar la idea de encuentro, el resultado reparador o el ideal de transformación; d) el papel que puede desempeñar la idea de reconciliación; y e) los efectos reales del proceso sobre sus protagonistas<sup>12</sup>.

A ellas se unen otras, defendidas por autores que se acercan a la justicia restaurativa con ánimo más crítico, destacando: a) la falta de prevención general o especial y consecuentemente de seguridad jurídica; b) la imposible aplicación de la proporcionalidad, situándose al margen de la tutela judicial efectiva y más aún cuando deja fuera a los jueces, sustituidos por mediadores o personal especializado; c) acarrear la privatización de la justicia penal y promover la discriminación favoreciendo a aquellos que gozan de una mejor posición económica en orden a procurar la reparación; así como, d) la enorme dependencia que tendrá según se trate de un tipo u otro de víctima; o, finalmente, e) crear un modelo de doble vía que excluye los delitos graves y aquellos cometidos por personas jurídicas<sup>13</sup>.

---

<sup>11</sup> Sobre esta tendencia: ARMENTA DEU, T., "Algunas reflexiones en torno a la convergencia entre los procesos civil y penal y la deriva común hacia métodos extrajudiciales", en *Estudios de Justicia Penal*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 408-409.

<sup>12</sup> CUADRADO SALINAS, C., "La mediación: ¿Una alternativa real al proceso penal" en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Artículos RECPC 17-1 (2015).

<sup>13</sup> QUINTERO OLIVARES, G., "El nuevo paradigma de la justicia restaurativa: la pretensión de superación del modelo vigente" en CASTILLEJO MANZANARES, R., *Justicia restaurativa y violencia de género. Más allá de la Ley Orgánica 1/2004*, Universidad de Santiago de Compostela, 2014, pp. 146-165 y ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., "La mediación penal" en CASTILLEJO

Se trata por tanto de un movimiento sobre cuyos resultados, al menos en España, no existe acuerdo más allá de constituir un método complementario del proceso penal y no alternativo como suele calificarse; por dos órdenes de consideraciones: no sustituir al proceso desde diferentes puntos de vista, como el ámbito objetivo de aplicación o su alcance en las diferentes fases del mismo (investigación, enjuiciamiento y ejecución)<sup>14</sup>; pero además, por las fundadas dudas que arroja sobre determinadas garantías, como la seguridad jurídica, la presunción de inocencia o la forma de garantizar una auténtica voluntariedad en condiciones sociales, económicas y de poder desiguales<sup>15</sup>. En realidad, si como frontispicio de la puerta de entrada a la justicia restaurativa se recurre a la insuficiencia de la controversia judicial clásica y a la búsqueda de una justicia de calidad, consideraciones semejantes pueden suscitarse, cuando menos, al tratar de la justicia restaurativa cuando se busca alcanzar un juicio ponderado<sup>16</sup>.

No se quiere afirmar, con todo, que la justicia restaurativa no tenga recorrido o deba ser objeto de oposición frontal. Su objetivo es bienintencionado y puede resultar satisfactoria en un ámbito objetivo de aplicación determinado. Éste, no obstante, resulta limitado y depende, en primer término y por esencia, de una garantía absoluta de acceder a la misma salvaguardando exquisitamente la voluntariedad, algo difícil para ambas partes: para la víctima, a la que se le requiere una actitud que no tiene porqué concurrir y para el presunto delincuente quien a la postre trata sobre su libertad<sup>17</sup>. Tampoco cabe olvidar contrarrazones más dogmáticas, como el riesgo de ocultar los conflictos sociales al pretender abordar los efectos o manifestaciones del conflicto pero no las causas; la instrumentalización de las víctimas para aliviar la carga de los

---

MANZANARES, R., *Justicia restaurativa y violencia de género. Más allá de la Ley Orgánica 1/2004*, Universidad de Santiago de Compostela, 2014, pp. 216-239.

<sup>14</sup> Sobre las dificultades clasificatorias de la justicia restaurativa en las categorías del proceso penal, GÓMEZ COLOMER, J.L., "Notas sobre la justicia procesal (alternativa, negociada, transaccional, restaurativa o reparadora)" en CASTILLEJO MANZANARES, R., *Justicia restaurativa y violencia de género. Más allá de la Ley Orgánica 1/2004*, Universidad de Santiago de Compostela, 2014, pp. 171y ss.

<sup>15</sup> QUINTERO OLIVARES, G., "El nuevo paradigma de la justicia restaurativa: la pretensión de superación del modelo vigente" en CASTILLEJO MANZANARES, R., *Justicia restaurativa...*, op. cit., pp. 146 y ss., en especial, p. 157 y ss.

<sup>16</sup> La complejidad social, por acudir a un argumento recurrente, puede y debe contemplarse tanto para buscar fórmulas complementarias como para formular críticas a las mismas y reforzar las garantías procesales.

<sup>17</sup> Así lo describen ORTUÑO MUÑOZ J. P. y HERNÁNDEZ GARCÍA, J., *Sistemas alternativos a la resolución de conflictos (ADR): la mediación en las jurisdicciones civil y penal* (Documento de trabajo 110/2007) en: <http://www.fundacionalternativas.org/laboratorio/documentos/documentos-de-trabajo/sistemas-alternativos-a-la-resolucion-de-conflictos-adr-la-mediacion-en-las-jurisdicciones-civil-y-penal>, última consulta 27 enero 2017. BARONA VILAR, S., *La mediación penal para adultos. Una realidad en los ordenamientos jurídicos (Experiencia en España, EEUU, Inglaterra y Gales, Países Escandinavos, Francia, Alemania, Portugal, Brasil y Chile)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

tribunales con riesgo de una doble victimización; la eventual vulneración del principio de igualdad y la eventual privatización del conflicto penal, amén de no satisfacer los fines irrenunciables a los que responde todo sistema penal, como el desaliento de conductas delictivas futuras y el de prevención general de los comportamientos delictivos<sup>18</sup>. Cabe recordar, finalmente, que la función del proceso penal es irrenunciable y más aún mediante modelos que atenderían a casos e individuos concretos amenazando la igualdad ante la ley; algo que ya preveían sus defensores al concebirla, no como una alternativa “para todos los casos” sino para algunos singulares, en los que además resulta imprescindible el acuerdo de la víctima, lo que impide de hecho su previa determinación, o incluso su prohibición en supuestos delictivos concretos<sup>19</sup>.

Se había objetado, además, que resultaba una iniciativa carente de previsión legal alguna, más allá del perdón del ofendido y de la reparación del daño contemplada como atenuante. Esta crítica ha variado a partir de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal del menor y de forma más clara en la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito y en la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, donde se incorporan determinadas manifestaciones de justicia restaurativa y mediación penal y expresamente los servicios de justicia restaurativa en el art. 15 de la Ley del Estatuto de la Víctima del delito, a los que me referiré posteriormente.

## 2. La mediación penal: segunda referencia

La mediación penal se encuadra entre los métodos autocompositivos de resolución de conflictos, configurándose como alternativo o complementario a la vía judicial, aunque también se analiza, precisamente en la Directiva 2012/29/UE, como una de las variantes de la justicia restaurativa, enfatizando en tal caso el acuerdo entre víctima y victimario,

---

<sup>18</sup> SILVA SÁNCHEZ, J., “Sobre la relevancia jurídico-penal de la realización de actos de reparación”, en *Revista del Poder Judicial*, nº 45, 1997, p. 183 y ss.

<sup>19</sup> Art. 44 Ley 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. MANZANARES SAMANIEGO, J.L., “La mediación en España” en CASTILLEJO MANZANARES, R., *Justicia restaurativa y violencia de género. Más allá de la Ley Orgánica 1/2004*, Universidad de Santiago de Compostela, 2014, pp. 202-214. Discute esta exclusión GUARDIOLA LAGO, M.J., “La justicia restaurativa en la violencia de género a debate: situación actual en España y reflexiones de política criminal” en CASTILLEJO MANZANARES, R., *Justicia restaurativa y violencia de género. Más allá de la Ley Orgánica 1/2004*, Universidad de Santiago de Compostela, 2014, pp. 314-336.



siempre y cuando lleve consigo alguna ventaja para la víctima<sup>20</sup>. Desde otra perspectiva también se sitúa la mediación penal entre los supuestos de aplicación del principio de oportunidad, atendiendo a un concepto ciertamente amplio de dicho principio<sup>21</sup>.

Históricamente, se ha apelado a la mediación ante la percepción del fracaso o cuando menos de la insuficiencia de las concepciones retributivas del derecho penal liberal y del Estado intervencionista que percibía en el derecho penal una función protectora de la sociedad ante los delitos como daños infringidos a la misma<sup>22</sup>.

Con el paso del tiempo y la aparición del Estado Social y Democrático de Derecho, el derecho penal asegura la protección incorporando una función preventiva que cumple con los principios de proporcionalidad y culpabilidad. Se trata de la conocida prevención general cuyo origen se atribuye a Feurbach: *la ejecución de la pena tiene lugar para que la amenaza de la ley sea una verdadera amenaza*. Posteriormente, la prevención especial se configura y desarrolla a partir de las tesis de Von Liszt (*solo la pena necesaria es la justa*). La primera prevalece en el Estado liberal como garantía de igualdad, en tanto la prevención especial positiva se abre paso durante la década final del siglo XX alentada por los escasos efectos del fin resocializador, orientándose a consolidar la conciencia social de la pena a través de la imposición de la misma<sup>23</sup>. En la década de los cuarenta del siglo XX surge la victimología centrada en sus elementos sociológicos y psicológicos. El análisis de esta corriente -en un apretadísimo resumen- se centra en la información acerca de las víctimas; la posición de ésta en el proceso; y la asistencia social y económica de las víctimas<sup>24</sup>. El movimiento generó una enorme atención hacia la repetida víctima, pero casi paralelamente una victimofilia centrada en

---

<sup>20</sup> Considerando 46 Directiva. Sobre la mediación penal, en general: BARONA VILAR, S., *Mediación penal. Fundamento, fines y régimen jurídico*, Tirant lo Blanch (Tratados), Valencia, 2011, p. 237 y ss

<sup>21</sup> ARMENTA DEU, T., "Principio de legalidad vs. Principio de oportunidad: una ponderación necesaria" en PICÓ JUNOY, J., *Principios y Garantías Procesales (Liber Amicorum en homenaje a la Prof. Victoria Berzosa)*, Bosch Editor, Barcelona, pp. 441-456. Accesible también en: [https://www.academia.edu/21698120/Principio\\_de\\_legalidad\\_vs\\_principio\\_de\\_oportunidad\\_una\\_ponderacion\\_necesaria\\_1](https://www.academia.edu/21698120/Principio_de_legalidad_vs_principio_de_oportunidad_una_ponderacion_necesaria_1). De la misma autora, "Principio de oportunidad vs principio de legalidad ¿Una esperanza para la mediación en el proceso penal" en CASTILLEJO MANZANARES, R., *Justicia restaurativa y violencia de género. Más allá de la Ley Orgánica 1/2004*, Universidad de Santiago de Compostela, 2014, pp., 270-283; y "Justicia restaurativa y principio de oportunidad", *Revista del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal*, n. 45, Enero-Junio 2017, pp. 109-127.

<sup>22</sup> En el primer sentido, las teorías de BECCARIA (*De los delitos y las penas*); KANT (*Principios metafísicos de la doctrina del derecho*) o HEGEL (*Principios de la filosofía del derecho*). Una explicación conjunta en BARONA VILAR, S., *Mediación penal. Fundamento, fines y régimen jurídico...*, pp. 27-32.

<sup>23</sup> MIR PUIG, S., *Derecho Penal y Ciencias Sociales*, Bellaterra, Barcelona, 1982, p. 137. Muñoz Conde, F., "La resocialización del delincuente. Análisis y crítica de un mito" en *Doctrina penal*, 1979, p. 639.

<sup>24</sup> LARRAURI, E., "Victimología" en *De los delitos y las víctimas*, AdHoc, Argentina, 2001, pp. 285-286.

el reproche de detentar esencialmente deseos de venganza al incorporarla a la teoría del delito y a la política criminal en condiciones de igualdad con temas como la incriminación, las reacciones, transgresiones, etc.; llegando incluso a utilizarla - y de ahí la victimofilia- como excusa para un endurecimiento de la persecución penal<sup>25</sup>.

La irrupción de la justicia restaurativa en determinados países ha actuado como ariete abriendo paso a la mediación penal, encontrando un fundamento que se conecta con el papel que determinados países asignan a la víctima en el derecho penal<sup>26</sup>.

Efectivamente, en la década de los ochenta se pone de relieve un interés creciente hacia la víctima a través de distintos textos supranacionales que han incidido paulatinamente en la legislación europea y en nuestro ordenamiento interno. Desde la *Carta de Derechos Humanos*, de 26 de junio de 1945, cuyo art. 34 enumera la negociación y la mediación entre los instrumentos para la resolución de controversias hasta la *Convención sobre la lucha contra la tortura y otros tratos degradantes*, de 10 diciembre de 1984, en cuyo art. 14 dispone *que todo Estado velará porque su legislación garantice a la víctima... la reparación y el Derecho a una indemnización justa*"; o la *Declaración de 1985 sobre los principios básicos de justicia para la víctima del crimen y abuso de poder*, cuyos arts. 4, 5, 6 y 7 señalan expresamente a la reparación, y más en concreto a la mediación, como mecanismo oficioso para la solución de controversias. Con posterioridad, el Consejo de Europa dictó la *Resolución (77) 27, sobre indemnización de las víctimas del delito*, antecesora del *Convenio europeo sobre indemnización de las víctimas de delitos violentos*, el 24 de noviembre de 1983, y la *Recomendación núm. (85) 11 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la posición de la víctima en el marco del derecho penal y del procedimiento penal*, de 28 de junio de 1985, seguida de la también *Recomendación n. (87) 21 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la asistencia a las víctimas y la prevención de la victimización*, de 17 de septiembre de 1987.

La *Recomendación n. R (99) 19 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, relativa a la mediación penal*, junto a la *Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001*, relativo al estatuto de la víctima en el proceso penal, constituyen los

---

<sup>25</sup> ARMENTA DEU, T., "La víctima como excusa: diversas posiciones en torno a su figura y tratamiento en los sistemas procesales" en *Estudios de Justicia Penal*, Marcial Pons, Madrid, 2014, pp. 207-224.

<sup>26</sup> GORDILLO SANTANA, L., *La justicia restaurativa y la mediación penal*, Iustel, Madrid, 2007; VARONA MARTÍNEZ, G., *La mediación reparadora como estrategia de control social. Una perspectiva criminológica*, Comares, Granada, 1998, p. 182 y ss; GONZALEZ CANO, M<sup>a</sup>. I., "La mediación penal en España" en *La mediación penal para adultos. Una realidad en los ordenamientos jurídicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009; y MATELLANES RODRÍGUEZ, N., "La justicia restaurativa en el sistema penal. Reflexiones sobre la mediación" en MARTÍN DIZ, F., *La mediación en materia de familia y derecho penal*, Andavira, Santiago de Compostela, 2011, p. 207-231.

antecedentes inmediatos de la Directiva Europea 2012/29 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen *normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos* y que ha sido traspuesta a nuestro ordenamiento mediante la *Ley 4/2015, de 27 de abril, de Estatuto de la víctima del delito*.

En el ámbito doctrinal la mediación penal ha abierto una suerte de debate entre fervientes partidarios y detractores, generadora en buena medida de una constante atención a partir de su incorporación al ámbito de la justicia de menores, de la ejecución penal y del Estatuto de la Víctima<sup>27</sup>.

### 3. La incorporación de la mediación penal en España

Muy sintéticamente, el art. 25 CE y a partir de ahí el Código Penal, en sus diversas reformas, así como la Ley General Penitenciaria y las suyas, no puede obviar la reeducación como uno de los elementos teleológicos de las penas y sanciones. Desde esta perspectiva y mandato se ha ido abriendo paso la conocida como “teoría ecléctica” que intenta equilibrar los diferentes fines de la pena, entre la defensa de la sociedad y de los intereses del sujeto, admitiendo de antemano que no todo el derecho penal puede reconducirse a la función preventivo-especial<sup>28</sup>. En este contexto, y partir del “redescubrimiento” de la víctima en los años setenta del pasado siglo, se reivindica la posición de ésta mediante una configuración que la convierte en dueña del conflicto, posición que históricamente le había sido arrebatada<sup>29</sup>. Su andadura posterior en el seno del proceso penal en España es corta, vacilante y no exenta de interrogantes, como se comprobará inmediatamente.

---

<sup>27</sup> Sin ánimo de exhaustividad: SOLETO MUÑOZ H., “La justicia restaurativa como elemento complementario a la Justicia tradicional” en GARCIANDÍA GONZÁLEZ, P. y SOLETO MUÑOZ, H., *Sobre la mediación penal (posibilidades y límites en torno a una reforma del proceso penal español)*, Cizur Menor, Navarra, 2012; AGUILERA MORALES, M., “La mediación penal ¿quimera o realidad?”, *REDUR*, 2011, pp. 127 y ss.; MARTÍNEZ ARRIETA, A., “La mediación como tercera vía de respuesta a la infracción penal” en SEGOVIA BERNABÉ, J. L., *Mediación penal y penitenciaria: 10 años de camino*, Fundación AGAPE, Madrid, 2010; GONZÁLEZ CANO, M<sup>a</sup>. I., “La mediación penal en España” en BARONA VILAR, S., *La mediación penal para adultos. Una realidad en los ordenamientos jurídicos (Experiencia en España, EEUU, Inglaterra y Gales, Países Escandinavos, Francia, Alemania, Portugal, Brasil y Chile)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009; CASTILLEJO MANZANARES, R., “El nuevo proceso penal. La mediación penal”, *Revista de Derecho y Proceso Penal*, número 23, 2010, p. 80; HERNÁNDEZ MOURA, B., *Mediación penal: Derechos y garantías*, (Universidad Carlos III de Madrid), Curso académico 2012/2013, accesible en [http://mediacion.uc3m.es/wp-content/uploads/2014/11/TFG\\_mediacion%20HS-pub.pdf](http://mediacion.uc3m.es/wp-content/uploads/2014/11/TFG_mediacion%20HS-pub.pdf). O CABEZUDO RODRÍGUEZ, N., “El último (y controvertible) credo en materia de política criminal, justicia restaurativa y mediación penal”, *La Ley Penal*, n.86, 2011, p. 25.

<sup>28</sup> PÉREZ MANZANO, M., *Culpabilidad y prevención: las teorías de prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 1990, p. 238.

<sup>29</sup> BARONA VILAR, S., *La mediación penal para adultos...*, p. 97 y ss.

La primera incorporación tuvo lugar en el ámbito de la justicia de menores (LO 5/2000, de responsabilidad del menor) previendo la posibilidad de acordar el sobreseimiento del expediente en caso de conciliación entre menor infractor y la víctima o la reparación (art. 19)). La segunda y más reciente en las últimas reformas del Código Penal reformado mediante Leyes Orgánicas 1 y 2 /2015, de 30 de marzo y Ley 4/2015, de 27 de abril; y Ley 4/2015, de 25 de abril, del Estatuto de la víctima del delito.

### 3.1. En el proceso de proceso de menores

En un brevísimo apunte de una materia ya analizada prolijamente la mediación penal en la LO 5/2000, de 12 de enero, que regula la Responsabilidad de Menores, presenta las siguientes notas esenciales: a) se requiere la existencia de un proceso (expediente) penal en marcha, en fase de investigación; b) la iniciativa corresponde al Ministerio Fiscal, quien solicitará del Equipo Técnico un informe acerca de la solución adecuada; c) la iniciativa de mediación será trasladada al menor y sus representantes legales, quienes deben demostrar disposición al diálogo; d) la intervención del Equipo Técnico, compuesto por psicólogos, educadores y trabajadores sociales resulta determinante para la consecución de un acuerdo; e) aceptada la mediación se dará traslado a la víctima quien debe manifestar su acuerdo libremente y de manera suficientemente informada; f) el acuerdo alcanzado, en su caso, acarrea que se dicte un auto de sobreseimiento y/o archivo de las actuaciones, aunque el proceso continuará si el menor deja de cumplir con la reparación o actividad educativa acordada. Finalmente, g) el acuerdo sustituye a las medidas acordadas<sup>30</sup>.

### 3.2. En la última reforma del Código Penal

---

<sup>30</sup> SANZ HERMIDA, Á., "La mediación en la justicia de menores", en GONZÁLEZ CUÉLLAR, N., *Mediación: Un método de ? conflictos. Estudio interdisciplinar*, Colex, Madrid, 2010, pp. 155-175. ARMENTA DEU, T., "La mediación penal y la víctima menor de edad" en ARMENTA DEU, T., *Código de Buenas Prácticas para la protección de víctimas especialmente vulnerables (Menores y víctimas de violencia de género)*, Colex, Madrid, 2011, pp135-148. GONZÁLEZ CANO, M<sup>a</sup>. I., "Nuevas manifestaciones del principio de oportunidad en la Ley Orgánica de la responsabilidad penal de los menores" en *Comentarios a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores*, Junta de Andalucía, Consejería de Gobernación y Justicia, Sevilla 2002, pp. 154 y ss.; MANZANARES SAMANIEGO, J.L., *Mediación, reparación y conciliación en el Derecho Penal*, Comares, Granada, 2007, p. 136 y ss.; TORRES FERNÁNDEZ, M.E., "Los caminos hacia una justicia reparadora en la Ley Orgánica de responsabilidad del menor", *Actualidad Penal*, 2002, XXV, p. 655; CRUZ MÁRQUEZ, B., "La mediación en la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores: conciliación y reparación del daño" en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, ARTÍCULOS, ISSN, 1695-0194 RECPC 07-14 (2005) RECPC 07-14 (2005) [http://criminet.ugr.es/recpc\\_](http://criminet.ugr.es/recpc_) ISSN, 1695-0194, p.3; y FUNES ARTIAGA, J., "Una introducción inevitable: ¿Por qué este libro y por qué la mediación?", en FUNES ARTIAGA, J., *Mediación y Justicia juvenil*, Fundació Jaume Callís, Barcelona, 1995; REVILLA GONZÁLEZ, J.A., "La mediación penal" en SOLETO, H. Y OTERO, M., *Mediación y solución de conflictos*, Tecnos, Madrid, 2007, p. 310 y ss.

La reparación del daño se contempla en el seno de las reformas recientes del sistema penal de adultos como vía legal mediante la cual los jueces otorgan relevancia a un acuerdo extrajudicial de mediación<sup>31</sup>. Y, paralelamente, el cumplimiento de compromisos de mediación puede ser tenido en cuenta también para la sustitución de la pena de prisión por multa o trabajos en beneficio de la comunidad<sup>32</sup>.

En la última modificación del CP, además, se ha incrementado el recurso a la justicia reparadora al hilo del cumplimiento de la responsabilidad civil como condición para la suspensión de la ejecución condicional de la pena de prisión<sup>33</sup>; y asimismo, como elemento valorativo en el correspondiente informe de pronóstico necesario del juez de vigilancia penitenciaria y la administración penitenciarias a efectos de obtener la libertad condicional<sup>34</sup>. También se contempla condicionar la suspensión de la ejecución de la pena al cumplimiento del acuerdo alcanzado por las partes en virtud de mediación<sup>35</sup>, revocable en caso de incumplir los términos del acuerdo<sup>36</sup>.

Por otra parte, aunque no sean directamente casos de mediación o reparación, la Ley General Penitenciaria sí que representa un avance al propiciar la incorporación de la víctima y que pueda recurrir el auto del Juez de Vigilancia Penitenciaria autorizando el tercer grado, aunque no haya sido parte, en los delitos de homicidio, lesiones, robo con violencia o intimidación, aborto, delitos contra la libertad, tortura y contra la integridad moral, libertad e indemnidad sexual, terrorismo o trata de seres humanos<sup>37</sup>. Asimismo, podrá recurrir al auto del Juez de Vigilancia Penitenciaria que otorga beneficios penitenciarios, permisos salidas, clasificación tercer grado, cómputo para la libertad condicional<sup>38</sup>; o recurrir el auto de libertad condicional en los delitos contemplados en el art. 36,2, en los superiores a cinco años, los de terrorismo, grupo organizado, libertad sexual, menores, prostitución o algunos de los citados en el primer apartado. Con este tratamiento se afronta el conflicto entre los derechos de la víctima y del penado y las medidas contempladas para éste (3er grado, beneficios penitenciarios, libertad condicional) todas orientadas a la reinserción<sup>39</sup>. Adicionalmente, el juez o tribunal podrá

---

<sup>31</sup> Art. 21.5 CP.

<sup>32</sup> El art. 88 CP prevé como criterio el esfuerzo por reparar el daño causado.

<sup>33</sup> Art. 83 CP.

<sup>34</sup> Art. 75,2 LOGP.

<sup>35</sup> Art. 84, apartado 1,1ª CP.

<sup>36</sup> Art. 86,1, c) CP.

<sup>37</sup> Art. 13, Ley 4/15 LGP

<sup>38</sup> Art. 78.3 CP.

<sup>39</sup> ARANGÜENA FANEGO, C., "Participación de la víctima en la ejecución penal", en DE HOYOS SANCHO, M., *La víctima del delito y las últimas reformas procesales*, Thomson-Aranzadi,

condicionar la suspensión de la ejecución de la pena al cumplimiento del acuerdo alcanzado por las partes en virtud de mediación<sup>40</sup>; al igual que su incumplimiento grave o reiterado condiciona la revocación de la suspensión<sup>41</sup>.

Con todo, la implementación más decidida hasta la fecha, y desde luego la que más se adecua a la Directiva Europea 2012/29/UE y a los predicamentos de la mediación en el marco de la justicia restaurativa es el art. 15 del LEVD, no sin aspectos discutibles, como veremos después.

## **II. DIRECTIVA EUROPEA 2012/29/UE, LEY DE ESTATUTO DE LA VÍCTIMA DEL DELITO Y R.D 1109/2015 (OAVD)**

Los aspectos más relevantes de los cambios legislativos operados en nuestro país a lo largo de 2015, en materia de justicia restaurativa y mediación penal, se apoyan en gran medida en el contenido de la Directiva 2012/29 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 donde se establecen *normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos*, en las condiciones que examinaremos posteriormente. El texto de la citada Directiva en la materia que nos ocupa, su recepción en el Estatuto de la Víctima del Delito en el ordenamiento español y el posterior desarrollo en el Real Decreto 1109/2015 ocuparán los siguientes epígrafes,

### **1. Directiva 2012/29 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 donde se establecen *normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos*, y por la que se sustituye la *Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo***

Como es conocido, la *Directiva 2012/29 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 establece normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la*

---

Pamplona, 2017, pp. 201-230. Sobre la participación de la víctima en la ejecución, en términos generales, MARTINEZ ESCAMILLA, M. y SÁNCHEZ ÁLVAREZ, P., *Justicia restaurativa, mediación penal y penitenciaria: un renovado impulso*, Reus, Madrid, 2012. Sobre este aspecto concreto: RENART GARCÍA, F., "Del Olvido a la sacralización. La intervención de la víctima en la fase de la ejecución de la pena" en *Revista Electrónica de Derecho Penal y Criminología*, 17-14, 2015, pp. 1-68; DE PAÚL VELASCO, J.M., "Algunas observaciones sobre la intervención de las víctimas en la ejecución penitenciaria" en *El Ministerio Fiscal. Documentos. Ponencias. Formación continua. La posición de la víctima y su incidencia en el proceso penal. Novedades legislativas*. Accesible en <https://www.fiscal.es/>; NISTAL BURÓN, J., "La Participación de la víctima en la ejecución penal. Su posible incidencia en el objetivo resocializador del victimario", *Diario la Ley*, n.8555, de 5 de junio de 2015, pp. 1-2; y LUACES GUTIÉRREZ, A. I., "Los derechos en la Ley 4/2015, de 27 de Abril, del Estatuto de la Víctima del delito: Especial Consideración a la participación de la Víctima en la ejecución penal", *Rev. De Derecho penal y criminología*, 3ª época, nº.15 (enero de 2016), pp. 139-174

<sup>40</sup> Art. 84 CP

<sup>41</sup> Art. 86.1, c) CP.

*protección de las víctimas de delitos*, sustituyendo la previa *Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo*. En su primer artículo declara que su finalidad es garantizar que las víctimas de los delitos reciban información, apoyo, protección y puedan participar en procesos penales. Seguidamente y a lo largo de su articulado regula en el capítulo 2 los derechos de información y apoyo; en el capítulo 3 el derecho a la participación en el proceso penal; y en el capítulo 4 la protección de las víctimas especialmente vulnerables<sup>42</sup>.

El estatuto de la víctima en el sistema de justicia penal y su participación en el proceso penal se diversifica de un Estado miembro a otro en función del sistema nacional. Los criterios que determinan tal diversidad, a tenor del Considerando 20 de la Directiva, son: a) si el sistema nacional reconoce un estatuto jurídico de parte, como es el caso de España; b) si la víctima está sometida a la obligación legal o a la recomendación de participar activamente en el proceso penal; o, c) si la víctima tiene legalmente un derecho reconocido en virtud del Derecho nacional a participar de modo activo en el proceso penal y manifiesta su deseo de hacerlo, cuando el sistema nacional no reconozca a las víctimas un estatuto jurídico de parte en el proceso penal.

La clave diferencial, no es, por tanto, el reconocimiento, puramente formal, de su “participación activa”, sino cabalmente el de su situación en el proceso penal, concretamente, actuando en calidad de parte o no presentando tal carácter. La calidad de parte en el proceso penal se deja a las diferentes percepciones sobre el ejercicio de la acción penal, en régimen de exclusiva o no, por parte del acusador oficial, lo mismo que sucede con la valoración del quehacer de la víctima y su motivación en el proceso; perspectivas todas ellas que subyacen a las diversas configuraciones legales que existen en Europa<sup>43</sup>. Se homogeneiza, empero, lo relativo al derecho a la información y

---

<sup>42</sup> Sobre la víctima en la Directiva puede consultarse: OROMÍ VALL-LLOVERA, S., “Víctimas de Delitos en la Unión Europea. Análisis de la Directiva 2012/29/UE”, *Revista General de Derecho Procesal*, 30, 2013. En cuanto a las víctimas especialmente vulnerables, en 2011 se elaboró y publicó, bajo mi dirección y la del profesor LUPARIA, L. un *Código Buenas Prácticas para la protección de las víctimas especialmente vulnerables (Menores y víctimas de violencia de género) Normativa europea. España e Italia*, Colex, Madrid, 2011. Sobre la víctima menor de edad y otras víctimas vulnerables: ARMENTA DEU, T. y OROMÍ VALL-LLOVERA, S., *La víctima menor de edad. Un estudio comparado Europa-América*, Colex, Madrid, 2010 y DE HOYOS SANCHO, M., *Garantías y derechos de las víctimas especialmente vulnerables en el marco jurídico de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

<sup>43</sup> Una aproximación al respecto en ARMENTA DEU, T., “El derecho a ser parte de la víctima en el proceso penal español: víctimas de género y menores”, en *Estudios de Justicia Penal*, Marcial Pons, Madrid, 2014, pp. 179-204; GOMEZ COLOMER, J.L., “El impacto del sistema adversarial en la Europa continental. Tradición versus evolución (la resistencia a que la víctima empeore su estatuto jurídico) en *Estatuto jurídico de la víctima del delito*, Thomson Reuters. Aranzadi, 2ª ed., Pamplona, 2015, pp. 129-202.; y OROMÍ VALL-LLOVERA, S., “Los derechos de la víctima en las reformas del proceso penal: del olvido al resurgimiento” en la *Ley Penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, nº 98-99, 2012, p. 6 y ss.

apoyo<sup>44</sup>, a la protección<sup>45</sup>, o a otros derechos semejantes, con la salvedad relativa a las víctimas con necesidades especiales<sup>46</sup>, o a las víctimas menores de edad<sup>47</sup>. En tanto el derecho a determinadas garantías consagradas en el contexto de los servicios de justicia reparadora se incluye en la Directiva en el capítulo dedicado a la participación en el proceso penal, con independencia, asimismo, de las tres configuraciones legales señaladas anteriormente, contemplando entre otros aspectos de dicha intervención: 1) el derecho a ser oído; 2) los derechos en caso de que se adopte una decisión de no continuar el procedimiento y 3) el derecho a garantías en el contexto de los servicios de justicia restaurativa.

A diferencia de la Decisión Marco 2001, estableciendo que los Estados procurarían impulsar la mediación en las causas penales para las infracciones que a su juicio se presten a este tipo de medida<sup>48</sup>, la Directiva de 2012 se formula en términos muy amplios, de manera que los Estados podrían adaptar sus respectivas previsiones de justicia reparadora a los principios esenciales de su propio ordenamiento<sup>49</sup>.

De ahí que se contemple, pero no se imponga acudir, ni siquiera “proponer acudir” a servicios de justicia restaurativa; sino que, resultando tal el supuesto, la repetida Directiva 2012 prevé una serie de garantías en su contexto<sup>50</sup>. Cuestión diferente es que se señale la posibilidad de información y orientación de tales servicios, en las condiciones y con los requisitos que veremos luego<sup>51</sup>; o que los Estados miembros faciliten la derivación de los casos, si procede; y en tal caso, establezcan procedimientos u orientaciones sobre las condiciones de tal derivación, preservando las citadas

---

<sup>44</sup> A entender y ser entendido (Art. 3); a recibir información desde el primer contacto con una autoridad competente (art. 4); a los derechos derivados de la interposición de una denuncia (art. 5); a recibir información sobre su causa (art. 6); a la traducción e interpretación (art. 7); o al acceso a los servicios de apoyo a las víctimas (art. (8 y 9).

<sup>45</sup> Derecho a la protección (art. 18); a evitar el contacto entre víctima e infractor (art. 19); a los nacidos durante las investigaciones penales (art. 20); o a la protección de la intimidad (art. 21). Vid., SERRANO MASIP, M., “Medidas de protección de las víctimas”, en DE HOYOS SANCHO, M., *La víctima del delito y las últimas reformas procesales*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2017, pp., 135-169.

<sup>46</sup> Que tras la correspondiente evaluación, a tenor de los criterios fijados en el art. 22, son objeto de medidas especiales: durante el proceso penal y en sus diferentes fases (al tomar declaración, para evitar contacto visual entre víctima e infractor, para garantizar que pueda ser oída sin estar presente en la sala de audiencia, evitando que se le formulen preguntas innecesarias o sin presencia del público al declarar).

<sup>47</sup> Art. 24.

<sup>48</sup> Art. 10,1 Decisión Marco 2001/220/JAI: Decisión marco del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal.

<sup>49</sup> Considerando 46.

<sup>50</sup> Art. 12 “Derecho a garantías en el contexto de los servicios de justicia reparadora”.

<sup>51</sup> Considerando 21.



garantías<sup>52</sup>. Estas previsiones se incluyen, como se ha adelantado antes, en el capítulo relativo a la participación de la víctima en el proceso penal, opción que denota otorgar un carácter complementario más que alternativo a la mediación penal<sup>53</sup>.

### 1.1. Las garantías en el contexto de los servicios de justicia reparadora

Situándose en la hipótesis correcta, esto es, cuando el Estado haya optado por implementar servicios de justicia restaurativa, y trascurrida positivamente la fase informativa, surte efecto el mandato de *adoptar* medidas para proteger a la víctima contra la victimización secundaria o reiterada, la intimidación o las represalias. Bien entendido: lo que se está prescribiendo es que caso de que existan (primer condicionante) y de que se haya optado y facilitado los servicios de justicia restaurativa con éxito (segundo condicionante), los Estados resultan obligados a adoptar determinadas medidas<sup>54</sup>.

Entre las mismas destaca, ahora sí como mandato, fijarse como prioridad satisfacer los intereses y necesidades de la víctima, reparar el perjuicio que se le haya ocasionado e impedir cualquier otro perjuicio adicional<sup>55</sup>. Tal grupo de requisitos, pilar de todo el resto, ofrecen una doble perspectiva: una de carácter positivo, mediante la satisfacción de los intereses y necesidades de la víctima, y la reparación de los daños y perjuicios irrogados, y otra negativa, que implica que así se impida cualquier otro perjuicio adicional.

A partir de ahí, se establece la concurrencia de otros requisitos que operan en cascada, aunque su análisis puede seguir el siguiente orden.

#### A) Información y orientaciones a la víctima

La información debe salvaguardar, en primer lugar, los que conforman los “derechos de información de la víctima”, en general, esto es: entender y ser entendido, recibir la

---

<sup>52</sup> Art. 12,2 Directiva.

<sup>53</sup> Las garantías de la víctima en el proceso penal abarcan: el “derecho a ser oído”; a la revisión de la decisión de no continuar el procedimiento”; a las garantías en el contexto de los servicios de justicia reparadora; a la justicia gratuita; a la justicia gratuita; al reembolso de gastos; a la restitución de bienes; a obtener una decisión relativa a la indemnización por parte del infractor en el curso del proceso penal; o a los relativos a víctimas residentes en otro Estado miembro”.

<sup>54</sup> Sobre la necesidad de impulsar este tipo de justicia, no de implementarla por mandato alguno, TAMARIT SUMALLA, J.M., “El necesario impulso de la justicia restaurativa tras la Directiva europea de 2012”, *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 1, junio, 2013, pp. 139-160.

Una aproximación de interés a las medidas de desarrollo de la citada directiva en GARCÍA RODRIGUEZ, M.J., “Buenas prácticas para la protección y asistencia a las víctimas en el sistema de justicia penal”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, año XIX, n. 2174, enero de 2015.

<sup>55</sup> Considerando 46.

información desde el primer contacto con una autoridad competente<sup>56</sup>, o la traducción, en su caso<sup>57</sup>. Y, particularmente, que la información facilitada ofrezca el grado de detalle suficiente para garantizar que se trata a las víctimas de manera respetuosa y se permite que adopten decisiones con conocimiento de causa<sup>58</sup>. Desde un punto de vista formal, y salvo que se haya dispuesto de otro modo, la información comunicada a la víctima debe poder facilitarse verbalmente o por escrito, incluso a través de medios electrónicos.

La información y orientaciones se ofrecerán en la medida de lo posible, mediante medios y formas que faciliten poder ser entendida por la víctima, a través de términos sencillos y en lenguaje accesible, teniendo en cuenta su conocimiento del idioma en que se facilita la información, su edad, madurez, capacidad intelectual y emocional, alfabetización y cualquier incapacidad mental o física, singularmente cuando concurren dificultades de comprensión o de comunicación debidas a algún tipo de discapacidad (auditiva o de expresión oral)<sup>59</sup>.

Además, deberá prestarse información exhaustiva e imparcial sobre el eventual proceso reparador y sus posibles resultados, así como sobre los procedimientos para supervisar la aplicación de todo acuerdo, para el caso en que la víctima acceda a participar en el mismo<sup>60</sup>.

#### B) Garantías mínimas para el acceso

Cumplido el deber de información y a la hora de decidir sobre la remisión a la justicia restaurativa o mediación en su caso, la Directiva impone -aquí sí- que las víctimas que opten por participar en tal proceso, deberán tener acceso a los mismos cumpliendo unas "garantías mínimas", cifradas en los siguientes aspectos:

a) que recurrir a los servicios de justicia reparadora redunde en interés de la víctima en el sentido ya indicado, atendiendo a consideraciones de seguridad y basado en el consentimiento libre e informado de la víctima; consentimiento que podrá retirarse en cualquier momento;

b) que se haya ofrecido a la víctima, antes de que acepte participar en el proceso de justicia reparadora, información exhaustiva e imparcial sobre el mismo y sus posibles resultados, así como sobre los procedimientos para supervisar la aplicación de todo acuerdo;

---

<sup>56</sup> Arts. 3 y 4 Directiva

<sup>57</sup> Art. 7

<sup>58</sup> Contenidos en el Considerando 26.

<sup>59</sup> Considerando 21.

<sup>60</sup> Art. 12.1,b Directiva.

c) que previamente el infractor haya reconocido los elementos fácticos básicos del caso; y,

d) que se haya alcanzado todo acuerdo de forma voluntaria y pudiendo ser tenido en cuenta en cualquier otro proceso penal.

#### C) Derivación a servicios de justicia restaurativa

La concurrencia de condiciones y garantías contempladas en el apartado anterior conduce a la remisión a los repetidos servicios de justicia restaurativa. En lo relativa a la misma, las prescripciones de la Directiva indican que los Estados facilitarán la derivación de casos a los servicios de justicia reparadora, *si procede*, incluso mediante el establecimiento de procedimientos y orientaciones sobre las condiciones de tal derivación<sup>61</sup>.

Ahora bien, a la hora de decir la remisión, sí figuran una serie factores que también deben haber sido objeto de evaluación previa, cuales son: a) La naturaleza y gravedad del delito; b) el grado de daño causado; c) la violación repetida de la integridad física, sexual o psicológica de una víctima; d) los desequilibrios de poder; y e) la edad, madurez o capacidad intelectual de la víctima que pudieran limitar o reducir su capacidad para elegir con conocimiento de causa o inferirle un perjuicio<sup>62</sup>.

El conjunto de estas circunstancias operan en realidad como obstáculos cuya concurrencia cercena la esencia de la mediación, propiciando quebrar el presupuesto básico para poder servirse de los servicios de justicia restaurativa: que la víctima no esté en condiciones físicas y mentales para entender y por ende para manifestar una voluntad real, o que pudiera incurrirse en victimización secundaria u ocasionarle otro perjuicio adicional; justo el efecto contrario al presupuesto consagrado en el art. 12.1, a), b) y d) de la Directiva. Estos obstáculos chocarían frontalmente, asimismo, con diversos principios consustanciales de la mediación, como la libertad para acudir a la mediación penal y la voluntad plenamente informada, elementos todos ellos imprescindibles a la hora de permitir que un tercero intente que se llegue a un acuerdo, como la debida información sobre el procedimiento, los logros y renuncias que comporta, y su documentación.

#### D) Proceso reparador

Decidida la remisión al servicio de justicia restaurativa o a la mediación ¿Qué se señala en la Directiva en lo relativo al proceso?

Poco en realidad. Como veremos después, éste es uno de los aspectos que se dejan a la iniciativa de cada Estado miembro. Con todo, se contempla algún mandato referido a

---

<sup>61</sup> Art. 12,2 Directiva.

<sup>62</sup> Considerando 46.

una de las características singulares de este mecanismo, la confidencialidad, en contraste con la publicidad que informa el proceso jurisdiccional, salvo casos excepcionales.

Acompañada de la informalidad y flexibilidad como característica de este tipo de procesos, la confidencialidad se afronta desde un doble punto de vista. Por un parte, la Directiva cuida que los debates en los procesos de justicia reparadora que no se desarrollen en público serán confidenciales y no se difundirán posteriormente, salvo con el acuerdo de las partes o si así lo exige el derecho nacional por razones de interés público superior. Por otra parte, la confidencialidad puede constituir uno de los elementos a valorar para que la víctima opte por este proceso que le garantiza que no se difundan cuestiones que de otra forma podrían ser conocidas por la publicidad interna y externa de todo proceso jurisdiccional. Incluso, desde una tercera perspectiva, se podrá considerar que las amenazas o cualquier forma de violencia cometida durante el proceso exigen la divulgación por razones de interés general<sup>63</sup>.

Estos son los términos, ciertamente alentadores para este modelo de justicia, en la medida en que se menciona expresamente los servicios de justicia restaurativa y se señalan unas mínimas garantías en el caso de ponerlas en marcha, yendo más allá de la Decisión Marco de 2001, su precedente, cuando se refiere expresamente a la justicia restaurativa, como práctica distinta a la mediación penal<sup>64</sup>. No existe, empero, mandato más allá de los citados mínimos una vez que cada Estado haya decidido legislar en el amplio sentido que allí se contempla<sup>65</sup>.

En España, como ya se ha adelantado, el Estatuto de la Víctima (Ley 4/2015, de 27 de abril) y el Real Decreto 1109/2015, de 11 de diciembre, han incorporado la Directiva 2012/29, de 25 de Octubre, tal como se desarrolla a continuación.

## **2. Estatuto de la Víctima (Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito) y Real Decreto 1109/2015, de 11 de diciembre, que regula las *Oficinas de Asistencia a las Víctimas del Delito (OAVD)***

---

<sup>63</sup> Considerando 46 if.

<sup>64</sup> El Preámbulo en su Considerando (46) hace mención expresa también a las conferencias de grupo familiar y a los círculos de sentencia.

<sup>65</sup> TAMARIT SUMALLA, J. M., señala que frente a algunos que critican que se ha afrontado la justicia restaurativa desde una posición defensiva al poner el acento en la necesidad de proteger a las víctimas, la Directiva puede ser interpretada como una consecuencia de la consolidación de la justicia restaurativa como reconocida y normalizada. Y líneas más abajo reconoce que la Directiva no reconoce de modo explícito un derecho de las víctimas a acceder a servicios de justicia restaurativa, vid: "La reparación y el apoyo a las víctimas" en TAMARIT SUMALLA, J. M., VILLACAMPA ESTIARTE, C. y SERRANO MASIP, M., *El Estatuto de las Víctimas de Delitos. Comentarios a la Ley 4/2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 313.

Pese a contar con un amplio número de disposiciones relativas a la víctima, el ordenamiento español precisaba adaptarse a la repetida Directiva 2012/29 UE. Tanto por la necesidad de acometer diferentes aspectos, como la existencia de diversos estatutos para diferentes clases de víctimas, cuanto por precisar de una cobertura de la justicia gratuita no adecuada a las posibilidades de participación de la víctima, o de replantear el concepto de víctimas especialmente vulnerables y adaptar las medidas de protección o extender una muy limitada presencia de programas de justicia restaurativa que carecían, además, de regulación legal de sus efectos procesales<sup>66</sup>.

La Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto Jurídico de la Víctima del Delito, en vigor desde el 1 de enero de 2016<sup>67</sup>, pretende dar una respuesta total, no sólo jurídica, a las víctimas, más allá de la reparación de daños y perjuicios, minimizando cualquier efecto traumático sufrido como consecuencia del delito, con independencia de su situación procesal. Incorpora, además, por primera vez la participación de la víctima en la ejecución del cumplimiento de la condena permitiendo recurrir determinados autos del Juez de Vigilancia Penitenciaria, aunque no se hubiera mostrado parte en la causa<sup>68</sup>. El objetivo es que la víctima sea oída mediante un recurso específico antes de que la resolución que impone la pena sea firme, dictándose una resolución que afecte a sus derechos perjudicándolos y ocasionando eventualmente una victimización secundaria<sup>69</sup>.

El Real Decreto 1109/2015, de 11 de diciembre, que regula *las Oficinas de Asistencia a las Víctimas del Delito (OAVD)*, publicado siete meses después de la Ley del Estatuto de la Víctima del Delito, responde a la referida “posterior reglamentación” del art. 15 LEVD. Junto a éste último, el artículo 28 LEVID en sus dos apartados contempla funciones que constituyen el contenido mínimo de la *prestación asistencial* (28,1) y *otra clase de prestaciones* (28.2) de dichas OAVD, más allá de las exigencias contenidas en la Directiva, que se limita a requerir a los Estados que presten especial atención a las necesidades de las víctimas que hayan sufrido daños considerables a causa de la gravedad del delito (art. 9-2)<sup>70</sup>. Dicho precepto sigue, punto por punto, las diferentes prescripciones, que con carácter de “mínimas” recoge el art. 9 de la Directiva 2012/29: información y asesoramiento, apoyo emocional y asesoramiento de cuestiones

---

<sup>66</sup> TAMARIT SUMALLA, J.M., “Los derechos de las víctimas” en TAMARIT SUMALLA, J. M., VILLACAMPA ESTIARTE, C. y SERRANO MASIP, M., *El Estatuto de las Víctimas de Delitos. Comentarios a la Ley 4/2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 31.

<sup>67</sup> Disposición Final 3ª.

<sup>68</sup> Art. 13 LEVD.

<sup>69</sup> GOMEZ COLOMER, J.L., *Estatuto Jurídico de la Víctima del Delito*, 2ª ed., Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2015, pp. 360-367.

<sup>70</sup> Una crítica al modo en que se ha plasmado este mandato la lleva a cabo: TAMARIT SUMALLA, J. M., “La reparación y el apoyo a las víctimas...”, *loc. cit.*, p. 347 y 348.

financieras y de tipo práctico<sup>71</sup>. De hecho, la Exposición de Motivos del Real Decreto 1109/2015, de 11 de diciembre, entre las funciones de las Oficinas recoge aquellas relativas a las medidas de justicia restaurativa como parte de la necesaria asistencia a las víctimas, desglosando sus labores de información, proposición y actuaciones de apoyo, posteriormente desarrolladas en los arts. 19, 27, 28 y 37 del R.D. En ese mismo texto se señala expresamente: *La víctima puede necesitar liberar la emoción negativa para recuperar su equilibrio y éste puede alcanzarse gracias al reconocimiento de los hechos esenciales por el infractor o por la aclaración de lo sucedido*; toda una declaración de intenciones sobre el carácter colaborativo de la víctima en este tipo de servicio, que sin embargo, debe contrastarse y equilibrarse con aquel otro de protección que informa la Directiva.

Con todo, el Real Decreto 1109/2015 no es el instrumento adecuado para un desarrollo adecuado de la mediación penal, atendido su naturaleza reglamentaria. De hecho, ésta sólo se menciona haciendo referencia a la función informativa de las Oficinas de Asistencia a las Víctimas del Delito y en torno a la posibilidad de aplicar medidas de justicia restaurativa a la hora de proponer al órgano judicial la aplicación de la mediación penal cuando lo considere beneficioso para la víctima, así como realizando actuaciones de apoyo de los servicios de mediación extrajudicial<sup>72</sup>.

### 2.1. La Justicia restaurativa en ambos textos

---

<sup>71</sup> Concretamente el art. 9 de la Directiva recoge los siguientes mínimos: a) información, asesoramiento y apoyo adecuados en relación con los derechos de las víctimas, también sobre cómo acceder a los sistemas nacionales de indemnización por los daños y perjuicios de índole penal, y su papel en el proceso penal, incluida la preparación para asistir al juicio; b) información sobre cualquier servicio pertinente de apoyo especializado o derivación directa al mismo; c) apoyo emocional y, cuando se disponga de él, psicológico; d) asesoramiento sobre cuestiones financieras y de tipo práctico resultantes del delito; e) salvo que sea proporcionado por otros servicios públicos o privados, asesoramiento sobre el riesgo y la prevención de victimización secundaria o reiterada, intimidación o represalias. 2. Los Estados miembros animarán a los servicios de apoyo a las víctimas a que presten especial atención a las necesidades específicas de las víctimas que hayan sufrido daños considerables a causa de la gravedad del delito. 3. Salvo que sean proporcionados por otros servicios públicos o privados, los servicios de apoyo especializados a que se refiere el artículo 8, apartado 3, desarrollarán y proporcionarán como mínimo: a) refugios o cualquier otro tipo de alojamiento provisional para las víctimas que necesiten de un lugar seguro debido a un riesgo inminente de victimización secundaria o reiterada, intimidación o represalias; b) apoyo específico e integrado a las víctimas con necesidades especiales, como las víctimas de violencia sexual, las víctimas de violencia de género y las víctimas de violencia en las relaciones personales, incluidos el apoyo para la superación del trauma y el asesoramiento. Un desarrollo de los mismos por: OROMÍ VALL-LLOVERA, S., "Víctimas de Delitos en la Unión Europea. Análisis de la Directiva 2012/29/UE", *Revista General de Derecho Procesal*, 30, 2013; y SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I.J., PORRES GARGÍA, I., y SÁNCHEZ RECIO, M., "El modelo de justicia restaurativa: una propuesta de aplicación tras la entrada en vigor de la Ley 4/2015 del estatuto de la víctima del delito", *Revista de Victimología*, <file:///C:/Users/Teresa%20Armenta/Downloads/26-111-2-PB>, última consulta, 27,1,2017.

<sup>72</sup> Apartado VII.

Ciñéndonos al tema que centra nuestra atención, el Estatuto de la Víctima contempla la posibilidad de recurrir a los servicios de justicia restaurativa en su art. 15: “en los términos que reglamentariamente se determinen”.

Concretamente, y bajo la significativa rúbrica de *Servicios de justicia restaurativa* se señala:

“Las víctimas podrán acceder a servicios de justicia restaurativa, en los términos que reglamentariamente se determinen, con la finalidad de obtener una adecuada reparación material y moral de los perjuicios derivados del delito, cuando se cumplan los siguientes requisitos:

- a) que el infractor haya reconocido los hechos esenciales de los que deriva su responsabilidad;
- b) que la víctima haya prestado su consentimiento, después de haber recibido información exhaustiva e imparcial sobre su contenido, sus posibles resultados y los procedimientos existentes para hacer efectivo su cumplimiento;
- c) que el infractor haya prestado su consentimiento;
- d) que el procedimiento de mediación no entrañe un riesgo para la seguridad de la víctima, ni exista el peligro de que su desarrollo pueda causar nuevos perjuicios materiales o morales para la víctima; y
- e) que no esté prohibida por la ley para el delito cometido”<sup>73</sup>.

El segundo párrafo de dicho precepto perfila las líneas básicas del *procedimiento de mediación* en los siguientes términos: “Los debates desarrollados dentro del procedimiento de mediación serán confidenciales y no podrán ser difundidos sin el consentimiento de ambas partes”.

Esta prescripción, que también figura en el art. 12.1 a) de la Directiva 2012/29 UE, contempla en éste último precepto una posible excepción a la confidencialidad y falta de difusión posterior “cuando lo acuerden las partes o si así lo exige el Derecho nacional por razones de interés público superior. Los mediadores y otros profesionales que participen en el procedimiento de mediación, estarán sujetos a secreto profesional con relación a los hechos y manifestaciones de que hubieran tenido conocimiento en el ejercicio de su función”. Finalmente, su tercer y último párrafo prescribe: “La víctima y el infractor podrán revocar su consentimiento para participar en el procedimiento de mediación en cualquier momento”<sup>74</sup>.

---

<sup>73</sup> La exclusión se remite a la prohibición de mediación que figura en la LO1/2004, de violencia de género. No se extiende, sin embargo, a las víctimas menores de edad, si bien la ejecución de prácticas restaurativas deberá considerar las necesidades especiales de éstos.

<sup>74</sup> Aspecto traspuesto directamente del art. 12.1,a) de la Directiva 2012/29 UE.

Si cohonestamos este texto con el de los artículos 19, 27, 28 y 37 del Real Decreto (OAV) la configuración legal y reglamentaria queda como sigue.

A) **Ámbito objetivo de aplicación:** hechos delictivos excluidos de la mediación penal y alcance de la justicia restaurativa

La cuestión del ámbito objetivo de aplicación de la mediación penal, o por mejor expresarlo la prohibición de su aplicación en determinados delitos, ha sido objeto de dos posiciones claramente opuestas. La primera defiende que delimitar el campo de aplicación resulta contraproducente por restringir el paso a tipos a los que hubiera resultado beneficioso y porque además supone una discriminación y freno a la aceptación de la mediación. A ello se une quien defiende su bondad en determinado tipo de delitos: delito de lesiones; delitos contra la libertad (amenazas, coacciones); delitos contra el honor (injurias, calumnias); delitos contra los derechos y deberes familiares; delitos contra la salud pública o la comunidad<sup>75</sup>.

La segunda posición, en el lado opuesto, comprende a quienes alegan el carácter limitado que los propios defensores reconocen, al no constituir un método alternativo omnicompreensivo, para todos los casos; así como las dudas respecto a determinados tipos penales más específicos y discutidos, cuales son: a) la violencia de género, b) los tipos penales sin concreción del daño; c) los delitos sin víctima; d) los supuestos de reincidencia; los delitos violentos; d) los delitos en que el acusado esté en situación irregular en España; e) el delito continuado; f) cuando una de las partes no está en pleno uso de sus facultades; o g) cuando hay varias víctimas o acusadas y sólo participa en la mediación una<sup>76</sup>.

La Directiva 2012/29 UE, como hemos visto, recoge la posibilidad de excluir la mediación penal para determinados supuestos delictivos, al establecer, como uno de los

---

<sup>75</sup> GONZÁLEZ CANO, M<sup>a</sup>. I., "La mediación penal en España" en BARONA VILAR, S., *La mediación penal para adultos. Una realidad en los ordenamientos jurídicos...*, op. cit., pp. 303-304; BARONA VILAR, S., *Mediación penal. Fundamento, fines y régimen jurídico...*, op. cit., pp. 226-229; MAGRO SERVET, V., CUÉLLAR OTÓN, P. y HERNÁNDEZ RAMOS, C., "La experiencia en la mediación penal en la Audiencia Provincial de Alicante" en GONZÁLEZ CUÉLLAR, N., *Mediación: Un método de ? Conflictos. Estudio interdisciplinar*, Colex, Madrid, 2010, pp. 115-155.

<sup>76</sup> A este respecto y otras cuestiones conexas resulta útil consultar las siguientes obras y autores: MARTÍN DIZ, F., "Mediación penal y víctimas especialmente vulnerables: problemas y dificultades" en DE HOYOS SANCHO, M., *Garantías y Derechos de las víctimas especialmente vulnerables en el marco jurídico de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 503-525; REVILLA GONZÁLEZ, J.A., "La mediación penal" en SOLETO, H. Y OTERO, M., *Mediación y solución de conflictos...*, op. cit., pp. 301-317; BARONA VILAR, S., *Mediación penal. Fundamento, fines y régimen jurídico...*, op. cit., pp. 226-229. SÁEZ RODRÍGUEZ, M.C., "Marco general de la mediación en supuestos de violencia de género", CASTILLEJO MANZANARES, R., *Justicia restaurativa y violencia de género. Más allá de la Ley Orgánica 1/2004*, Universidad de Santiago de Compostela, 2014, pp. 371-388; y ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R., "Es posible la mediación en casos de violencia familiar?" en CASTILLEJO MANZANARES, R., *Justicia restaurativa y violencia de género. Más allá de la Ley Orgánica 1/2004*, Universidad de Santiago de Compostela, 2014, pp., 340-365.



requisitos de acceso de la víctima a servicios de justicia restaurativa, precisamente, que no esté prohibida por la ley para el delito cometido<sup>77</sup>; prohibición que como es conocido concurre en el caso de violencia de género en España<sup>78</sup>.

La Ley del Estatuto Víctima del Delito, por su parte, sigue fielmente los dictados de la Directiva 2012/29 UE, añadiendo determinadas particularidades conforme a la previsión que también figura en aquella, singularmente, la existencia de un tipo de delitos excluidos del ámbito objetivo de aplicación de la mediación, cuestión, que como se acaba de resaltar es objeto de discusión, y que tiene en la citada violencia de género el ejemplo más señalado<sup>79</sup>.

A este respecto, conviene tener en cuenta que la prohibición ya figuraba en el art. 10 de la anterior DM 2001/220/JAI, habiendo sido objeto de pronunciamiento favorable en el asunto Gueye y Salmerón Sánchez, en el sentido de permitir a los Estados miembros poder excluir la mediación en los procesos penales relativos a tipologías específicas de determinados delitos cometidos en el ámbito familiar<sup>80</sup>. Y que, además, ésta restricción también se recoge en el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia doméstica, de 11 de mayo de 2011 (Estambul), ratificado por el Estado español<sup>81</sup>.

Bien es cierto, por otro lado, que ya en el Preámbulo de la LEVD se advierte sobre la desigualdad moral que existe entre víctima y victimario, lo que supone reconocer explícitamente que no concurriría o lo haría difícilmente uno de los presupuestos básicos de toda mediación, apercibiendo así de la eventualidad de reducir en buena medida el ámbito de la mediación a la reparación material y moral de la víctima. Postura, que, paladinamente, ignora los beneficios que pueda conllevar para el infractor. No sorprende por tanto que éste texto y orientación no hayan satisfecho a un sector de la doctrina

---

<sup>77</sup> Art. 15,1, e).

<sup>78</sup> Arts. 44,5 LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral y Contra la Violencia de Género y art. 87ter, 5 LOPJ.

<sup>79</sup> Cuestión ciertamente discutida, como se pone de manifiesto en los siguientes trabajos: GUARDIOLA LAGO, M.J., "La justicia restaurativa en la violencia de género a debate: situación actual en España y reflexiones de política criminal" en CASTILLEJO MANZANARES, R., *Justicia restaurativa y violencia de género. Más allá de la Ley Orgánica 1/2004*, Universidad de Santiago de Compostela, 2014, pp. 314-336; VARELA GÓMEZ, B.J., "Mediación penal y violencia de género" en CASTILLEJO MANZANARES, R., *Justicia restaurativa y violencia de género. Más allá de la Ley Orgánica 1/2004*, Universidad de Santiago de Compostela, 2014, pp. 392-417; CASTILLEJO MANZANARES, R., "Mediación y violencia de género: una solución o un problema" en GONZÁLEZ CUÉLLAR, N., *Mediación: Un método de ? Conflictos. Estudio interdisciplinar*, Colex, Madrid, 2010, pp. 193-205.

<sup>80</sup> C-483/09 y C-1/10. Comenta esta resolución, MAURO, C., "Protection des victimes d'infractions et droit européen (CJUE, 15 septembre 2011). Magatte Gueye et Valentín Salmerón Sánchez, aff. Jointes C-483/09 et 1/10", *Revue des Affaires Europeenes*, 2011/3, pp. 631-639.

<sup>81</sup> BOE núm. 137, de 6 de junio de 2014, p. 42946, con entrada en vigor el 1 de agosto de 2014.

claramente partidario de la mediación y la justicia restaurativa, que recibieron la Directiva 2012/29/UE y el Estatuto de la Víctima del Delito como una oportunidad de incorporar, no sólo la atención a la víctima, sino además la apuesta porque aquella sirviera para el infractor y su reinserción<sup>82</sup>.

Lo cierto es que como se ha explicado la Directiva no impone ni sugiere dicha orientación, que sin embargo, sí parece encontrarse presente en la reforma del Código Penal cuando se contempla la mediación en sede de ejecución como un claro beneficio para el recluso (suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad de manera excepcional)<sup>83</sup>, supeditada eso sí a que la víctima deba prestar su acuerdo voluntario. De hecho, los defensores de la mediación penal inciden en la función activa que esta conlleva para la responsabilización y reinserción del infractor, contribuyendo a obviar la victimización secundaria pero también la estigmatización del paso por el proceso; circunstancia que debe coonestarse con el mandato de la Directiva reiterando que acudir a la misma debe redundar en el interés de la víctima, atendiendo a consideraciones de seguridad<sup>84</sup>.

#### B) Previas funciones de información

La eventual derivación a servicios de justicia restaurativa queda condicionada en todo caso a exhaustivas funciones de información, en los términos ya explicados al hilo del análisis de la Directiva 2012/29. Junto a las mismas, sobre las que no se va a reiterar nada aquí, surgen las Oficinas de Asistencia a la Víctima, creadas y reguladas en el Real Decreto 1109/2015, para cumplir con lo dispuesto en el Estatuto de la Víctima del Delito, que traspone a su vez lo dispuesto en la repetida Directiva. Con este objetivo, el legislador reproduce directamente la Directiva, comprendiendo actuaciones de primera intervención relativas a información y asesoramiento<sup>85</sup>. Concretamente:

---

<sup>82</sup> Entre otros autores, CASTILLEJO MANZANARES, R., "Justicia restaurativa, mediación penal y víctimas" en DE HOYOS SANCHO, M., *La Víctima del delito y la últimas reformas procesales penales*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2017, p. 283; TAMARIT SUMALLA, J.M., "La reparación y el apoyo a las víctimas...", *loc. cit.*, pp. 305 y ss.

<sup>83</sup> Siempre que se cumpla el acuerdo de mediación y se repara el daño e indemniza el perjuicio en los términos del art. 80,3,II y 84 CP.

<sup>84</sup> Art. 12 de la Directiva. Vid al respecto: TAMARIT SUMALLA, J.M., "La reparación y el apoyo a las víctimas...", *loc. cit.*, pp. 305 y ss.; DE HOYOS SANCHO, M., "Víctimas del delito y acción penal" en DE HOYOS SANCHO, M., *La víctima del delito en las últimas reformas procesales*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2017, pp. 79 y ss.; y CASTILLEJO MANZANARES, R., "Justicia restaurativa, mediación penal y víctimas" en DE HOYOS SANCHO, M., *La Víctima del delito y la últimas reformas procesales penales...*, op. cit., p. 275-282.

<sup>85</sup> Art. 9-1.

a) Información general sobre los derechos de la víctimas y, en particular, sobre la posibilidad de acceder a un sistema público de indemnización<sup>86</sup>; información sobre servicios especializados de asistencia a la víctima según sus circunstancias personales y la naturaleza del delito; apoyo emocional en caso de víctimas que requieren especial atención; asesoramiento sobre los derechos económicos relacionados con el proceso, singularmente con el modo de reclamar indemnización de daños y perjuicios sufridos y el acceso a la justicia gratuita; y, asesoramiento sobre el riesgo y forma de prevenir la victimización secundaria o reiterada, la intimidación o las represalias<sup>87</sup>.

La información forma parte de las funciones reconocidas a las Oficinas de Asistencia a las Víctimas, abarcando prevenir sobre la existencia de alternativas de resolución de conflictos, aplicando, en su caso, la mediación, así como otras medidas de justicia restaurativa<sup>88</sup>. Del examen de éste precepto en su conjunto se colige, que al señalar “en su caso” se está haciendo referencia a que para que la información y eventual remisión se produzca se debe haber superado el análisis de la concurrencia de los presupuestos que figuran en el Considerando 46 de la Directiva (garantizar evitar la victimización secundaria y reiterada, la intimidación y las represalias, satisfacer los intereses y necesidades de la víctima, reparar el perjuicio e impedir cualquier otro perjuicio adicional). Y adicionalmente, que la información se ajustará a las condiciones y circunstancias personales de la víctima, la naturaleza del delito cometido y los daños y perjuicios sufridos, comprendiendo, entre otros aspectos más nucleares<sup>89</sup>, como la existencia de servicios de justicia restaurativa, en los casos en que sea legalmente posible<sup>90</sup>. La ubicación de esta información y la cita “en su caso” obliga a entender, que así como tal aclaración no se debe proporcionar en aquellos supuestos en que la mediación o eventualmente otros medios de justicia restaurativa lo prohíban; tampoco

---

<sup>86</sup> Se incluirán aquí la información sobre indemnizaciones públicas previstas en la Ley 35/1995, además de otros derechos previstos en la legislación sobre terrorismo, violencia de género u otras de carácter autonómico.

<sup>87</sup> Sobre los derechos de información en la LEVD, SERRANO MASIP, M., “Los derechos de información” en TAMARIT SUMALLA, J. M., VILLACAMPA ESTIARTE, C. y SERRANO MASIP, M., *El Estatuto de las Víctimas de Delitos. Comentarios a la Ley 4/2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 69-98, y GÓMEZ COLOMER, J.L., “La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por el Estatuto de la Víctima. Una técnica discutible” en *Estatuto Jurídico de la Víctima...*, op. cit., p., 354-357.

<sup>88</sup> Art. 19 Real Decreto 1109/2015, de 11 de diciembre, que regula las *Oficinas de Asistencia a las Víctimas del Delito*.

<sup>89</sup> Art. 27 Real Decreto 1109/2015, de 11 de diciembre, que regula las *Oficinas de Asistencia a las Víctimas del Delito*.

<sup>90</sup> La información abarca los derechos a denunciar, en su caso, al procedimiento para obtener asesoramiento y asistencia y defensa jurídica, y si puede ser gratuita; a la posibilidad de solicitar medidas de protección; y todas aquellas que se consagran en la Directiva, más las contempladas en la LEVD.

deben priorizarse a iniciativa de la OAV éstas noticias sobre las restantes, cuando se trate de la posibilidad de denunciar y personarse como parte en el juicio conforme a convicciones o preferencias de la propia OAV.

Idéntica función ilustradora se contempla en la llamada “fase de intervención” en lo relativo a aspectos jurídicos, psicológicos y sociales que también desarrollan las Oficinas de asistencia a las víctimas, añadiendo que se informará, en su caso, sobre la aplicación de las medidas de esta naturaleza que puedan adoptarse. Tal concreción se concreta en disponer: Proponer al órgano judicial la aplicación de la mediación penal cuando lo considere beneficioso para la víctima, así como realizar actuaciones de apoyo de los servicios de mediación extrajudicial<sup>91</sup>. Con carácter distinto, se añaden otras competencias cuales son la coordinación de los órganos, instituciones y entidades competentes para la prestación de apoyo a la víctima y de coordinación con Jueces, Tribunales y Ministerio Fiscal para igual cometido de apoyo<sup>92</sup>.

Nótese, que en sintonía con la ausencia de mandato en la Directiva 2012/29 UE, no existe imperatividad: las OAVD *podrán informar, en su caso*, de las diferentes medidas de justicia restaurativa; *proponer* al órgano judicial acudir a la mediación penal *cuando lo considere necesario* y siempre supeditada a la concurrencia de los presupuestos contemplados en el art. 15 EVD, esto es: que el infractor haya reconocido los hechos<sup>93</sup>; que la víctima preste su consentimiento tras haber recibido información exhaustiva e imparcial<sup>94</sup>; que el infractor preste su consentimiento; que el procedimiento de mediación no entrañe riesgo para la seguridad de la víctima, ni exista peligro de que su desarrollo pueda causar nuevos perjuicios materiales o morales para la víctima; y que no esté prohibida la mediación para ese delito.

#### C) Requisitos a que se somete la remisión a los servicios de justicia restaurativa

En el art. 15 LEVD figuran diferentes requisitos a cuyo cumplimiento se subordina la posibilidad de acudir a los servicios de justicia restaurativa, y por ende, a la mediación penal. Su análisis, relacionándolo con el art. 12 de la Directiva y los preceptos correspondientes del RD OAV permite destacar:

A) En primer lugar, la *necesidad de obtener una adecuada reparación material y moral de los perjuicios derivados del delito*, como finalidad explícita del acceso a los servicios de justicia restaurativa. Tal necesidad se conecta con lo dispuesto en la

---

<sup>91</sup> Art. 28 apartado f), Real Decreto 1109/2005, que se completa con la previsión del art. 37 del mismo texto legal, bajo el título “Otras actuaciones de las oficinas”.

<sup>92</sup> Art. 34 y ss. Real Decreto, medidas desarrolladas en el artículo 34 y siguientes bajo el ilustrativo título: “Actuaciones de las oficinas en materia de coordinación”.

<sup>93</sup> Presupuesto que también figura en el art. 12,1, c) de la Directiva 2012/29 UE.

<sup>94</sup> Presupuesto contemplado en el art. 12,1, b) de la Directiva 2012/29 UE.

Directiva 2012/29/ UE, requiriendo que en el proceso penal se garantice una resolución sobre la indemnización por parte del infractor en un plazo razonable, salvo si el Derecho nacional estipula que dicha decisión se adopte en otro proceso penal<sup>95</sup>.

Si tenemos presente que en el ordenamiento procesal penal español, a diferencia de otros, propicia la concurrencia de la acción civil y penal<sup>96</sup>, entendiéndose ejercitada la primera al interponer la segunda, salvo que se realice la “reserva de acciones”<sup>97</sup>; el mandato de la Directiva puede entenderse satisfecho<sup>98</sup>. Y más aún -en su ámbito objetivo de aplicación- en el caso de las ayudas y asistencias a las víctimas de delitos dolosos violentos y contra la libertad sexual, a tenor de las previsiones establecidas en el art. 15,1 de la Ley 35/95, 11 de diciembre, que impone a Jueces y Magistrados, miembros de la Carrera Fiscal y otras autoridades la obligación de informar a las víctimas sobre la posibilidad y el procedimiento para solicitar ayudas para obtener dicha indemnización en caso de insolvencia del infractor. A las que se une -también en su ámbito objetivo de aplicación- las relativas a víctimas del terrorismo<sup>99</sup>, o las víctimas de delitos de violencia de género<sup>100</sup>.

Hay que tener presente, además, que entre la información que corresponde a las Oficinas de asistencia a las víctimas del delito, destaca la información sobre alternativas de resolución de conflictos con aplicación, en su caso, de la mediación y de otras medidas de justicia restaurativa, que se supedita a haber superado el análisis de la concurrencia de los presupuestos contemplados en la repetida Directiva 2012/29 UE,, esto es, garantizar evitar la victimización secundaria y reiterada, la intimidación y las represalias, satisfacer los intereses y necesidades de la víctima, reparar el perjuicio e impedir cualquier otro perjuicio adicional<sup>101</sup>.

---

<sup>95</sup> Art. 16.

<sup>96</sup> Art. 100 LECrim.

<sup>97</sup> Arts. 111 y 108 y 773,1, todos de la LECrim.

<sup>98</sup> La satisfacción de las responsabilidades civiles constituye, por otra parte, requisito *sine qua non*, tanto en ejecución, para diferentes casos contemplados en la última reforma del CP (LO 1/2015) a la hora de suspender la ejecución de la pena, entre otros supuestos en el de mediación (art. 84.1.1ª CP); También en los casos contemplados en los arts. 80.1.3ª y 87.1 CP (decomiso); como también para obtener el tercer grado penitenciario y la libertad condicional (art. 90.1 CP) o el adelanto excepcional de la libertad condicional, supeditada entre otras condiciones a su “efectiva y favorable participación en programas de reparación a las víctimas” (art. 90.2 CP).

<sup>99</sup> Art. Ley 29/2011, de 22 de septiembre.

<sup>100</sup> LO 1/2004, de 28 de diciembre y RD 738/1997, 23 de mayo que regula el Reglamento de la Ley 35/95, de ayudas a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual por el RD 1999/2006, 17 de febrero para incorporar la Directiva 2004/80/CE sobre indemnización a las víctimas.

<sup>101</sup> Considerando 46 y Art. 19 del RD en sus 21 apartados, respectivamente.

B) En segundo lugar, se requiere el *reconocimiento de los hechos esenciales de los que deriva la responsabilidad* del acusado; reconocimiento extraño en nuestro modelo procesal penal y que proviene directamente del texto del art. 12.1 c) de la Directiva. Al respecto, cabe señalar que aun resultando un presupuesto ciertamente coherente con determinadas manifestaciones de “bargaining”, no figura en las diversas formas de conformidad que contempla la Ley de Enjuiciamiento Criminal entre las diversas modalidades de aplicación del principio de oportunidad<sup>102</sup>, salvo en el llamado, precisamente, “reconocimiento de hechos” en el seno del procedimiento abreviado que conforma una pasarela de acceso al procedimiento para el enjuiciamiento rápido del art. 795ss LECrim<sup>103</sup>. En cuanto al eventual uso y conocimiento del reconocimiento fáctico debe tenerse presente ante quien se realiza, la confidencialidad de los debates y tras los mismos de no llegarse a un acuerdo, evitando que el reconocimiento pudiera ser utilizado como fuente probatoria.

C) Se exige, en tercer lugar, que la víctima haya prestado su consentimiento, después de haber recibido información exhaustiva e imparcial sobre su contenido, sus posibles resultados y los procedimientos existentes para hacer efectivo su cumplimiento.

Nos encontramos ante un requisito nuclear, que por una parte, requiere un conocimiento suficientemente informado y por otra, de una voluntad constatable y constatada; aspectos destacados en el art. 12, b) y d) de la Directiva, respectivamente. El consentimiento, por otra parte, tiene mucho que ver con la información que se exige con carácter exhaustivo, de la que se requiere, además, que la misma salvaguarde la imparcialidad, esto es, que resulte neutral, o lo que es lo mismo, sin tomar partido, ni a favor o en contra de la remisión a la justicia restaurativa, en sí misma, ni informe a la víctima sólo de los aspectos favorables de la misma omitiendo los eventuales riesgos que pueda comportarle.

La información y su extensión conectan asimismo con la labor encomendada a las Oficinas de Asistencia a las víctimas, que tienen asignada tal función, a la que nos referimos seguidamente<sup>104</sup>. La suficiencia de la repetida información deberá ser constatada posteriormente a la hora de la efectiva remisión al proceso de mediación, más allá de las OAV, preferiblemente en el seno del proceso penal que eventualmente decida abandonar o no iniciar<sup>105</sup>.

---

<sup>102</sup> Ni en el supuesto contemplado en el art. 801 LECrim, ni en el del art. 787 o el del 799,5, todos de la LECrim. Y menos aún en las conformidades del art. 655 o del 688.

<sup>103</sup> Art. 779,5,1 LECrim.

<sup>104</sup> Art. 29 LEVD y arts. 19.19ª y 37 REVD.

<sup>105</sup> Adviértase que la intervención de las OAV debe pararse en las labores informativas y de remisión, sin entrar en las labores mediadoras en absoluto, so pena colisión y pérdida de la exigida

También el infractor deberá haber prestado su consentimiento y por ende habrá sido informado por su abogado sobre la mediación y sus requisitos. De hecho, en la lógica de la justicia restaurativa la voluntad del infractor resulta indicativa de un ánimo resocializador y debe concurrir inexcusablemente. Ni la Directiva 2013, ni el art. 15 LEVD condicionan el consentimiento, aunque cabe que los acuerdos alcanzados en mediación puedan ser objeto de valoración a efectos de atenuar la responsabilidad.

Recordemos, para acabar este apartado, que el consentimiento para participar en el procedimiento de mediación, tanto de la víctima como el del infractor, podrán ser revocados en cualquier momento, según se recoge en el art. 15.3 LEVD trasladando directamente el mandato contenido en el art. 12.1a) de la Directiva 2012/29 UE. Siendo la mediación un método inspirado en la libre voluntad, ésta también puede orientarse a revocarla.

D) En cuarto lugar, al hilo también de lo prescrito en la Directiva se requiere que el procedimiento -al que no se hace ninguna otra mención posterior- no debe entrañar un riesgo para la seguridad de la víctima, ni existir peligro alguno de que su desarrollo cause nuevos perjuicios materiales o morales a las víctimas. En orden a preservar a la víctima, este requisito persigue evitar que acudir al proceso de mediación pueda acarrear cualquier tipo de “victimización secundaria”; algo que por cierto se predica del proceso, *per se*, a juicio de los defensores de la justicia restaurativa, fundamentalmente porque la mediación constituye una fórmula proactiva para la víctima, que deberá dialogar y entenderse con el infractor, recreando como mínimo todos los aspectos del hecho delictivo durante las sesiones que dure la mediación, asumiendo, además, que no sólo “acepta” lo sucedido sino que opta porque la solución que pueda alcanzarse le reparará moral y económicamente, y además que beneficiará al infractor.

E) El quinto y último requisito, relativo a salvaguardar la prohibición que en el ordenamiento nacional pueda existir para la mediación en determinado tipo de delitos, ya ha sido comentada en el apartado A) al hilo del ámbito objetivo de aplicación.

Cumplidos los requisitos y remitido el asunto a mediación surge el tema del “procedimiento” y su incidencia en las actuaciones procesales realizadas hasta la fecha, y las que quedan por llevar a cabo

## 2.2. Desarrollo de la mediación: la inevitable remisión a algún modelo experimental

Se ha adelantado ya que el procedimiento de mediación, como eventualmente el de otra forma de justicia restaurativa, no se regula en la *Directiva 2012/29 del Parlamento*

---

imparcialidad. En tal sentido ROLDÁN BARBERO, H., “La mediación penal: entre el orden penal y la voluntad de mejorar”, *Revista Penal*, nº.11, Enero 2003, pp. 125 y 126. Considera este autor la posible posición partidista en el conflicto de los OAV, al ser sus “clientes” los ofendidos o perjudicados por el delito y no los infractores.

*Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012* más allá de dos aspectos: la referencia ya analizada a la confidencialidad de los procesos de justicia reparadora, que no se difundirán posteriormente, salvo acuerdo de las partes o de que así lo exija el Derecho nacional por razones de interés público; y de la posibilidad de establecer un proceso para la derivación u orientaciones sobre las condiciones de ésta<sup>106</sup>. La Directiva deja los restantes extremos a criterio del Estado miembro correspondiente, constituyendo la Directiva “normas de carácter mínimo” que los Estados miembros pueden ampliar reconociendo derechos que proporcionen un nivel más elevado de protección<sup>107</sup>. Tampoco se especifica nada en el texto comunitario sobre un tema nuclear como son las consecuencias procesales del acuerdo de mediación o el procedimiento que debe seguirse para insertar la remisión y el eventual acuerdo, desde y hacia el proceso jurisdiccional. Algo que tampoco se acomete en el art. 15 EVD, ni mediante remisión a la Ley 5/2012, de 6 de julio de mediación civil, con las acomodaciones necesarias<sup>108</sup>.

Ante dicha laguna es preciso recordar, en primer término, los principios que deben informar cualquier modelo de proceso de mediación que se adopte, y en segundo lugar, acudir a algún modelo como el propuesto en el Protocolo de Mediación penal elaborado por el CGPJ, como instrumento que pudiera ser útil para alcanzar una necesaria homogeneización (uno de los fines confesados del propio Protocolo) en el marco de la “mediación intrajudicial”<sup>109</sup>.

#### A) Los principios de la mediación penal

Existe coincidencia en admitir que informan la mediación penal los principios de: libertad o voluntariedad de las partes; complementariedad; proporcionalidad procesal y

---

<sup>106</sup> Art. 12.2 Directiva.

<sup>107</sup> Considerando 11. Recordemos la necesidad de orientar la mediación a la reparación material y moral de la víctima, debiendo contar en todo caso con su consentimiento libre e informado y el previo reconocimiento de los hechos por parte del infractor. Su eventual exclusión, cuando ésta pueda conllevar un riesgo para la seguridad de la víctima, exista peligro de poder originarle un perjuicio o esté prohibida por la ley para el delito cometido, como en el caso de las infracciones penales relacionadas con la violencia de género (art. 87 ter, 5 LOPJ) o en los delitos de menores, salvo que el hecho imputado al menor constituya delito menos grave o delito leve (art. 19.1 LO 5/2000, de 12 de enero, LORPM). La confidencialidad de los debates y la prohibición expresa de su difusión sin el consentimiento de las partes, imponiendo el secreto profesional a los mediadores y a la OAV (art. 12.1.e)).

<sup>108</sup> Algo que sí efectúa el Borrador de Código Procesal Penal, como veremos.

<sup>109</sup> Accesible en: <https://www.google.es/webhp?sourceid=chrome-instant&ion=1&espv=2&ie=UTF-8#q=protocolo%20de%20mediacion%20penal%20del%20consejo%20general%20del%20poder%20judicial>, última consulta, jueves 5 mayo, 10,28.



penal; confidencialidad; gratuidad; oficialidad; flexibilidad; dualidad de posiciones, igualdad y contradicción<sup>110</sup>.

a) La *libertad para acudir a la mediación* y la absoluta voluntad son elementos imprescindibles de un método, que de no existir, no podría complementar el derecho de acceso a la jurisdicción. Ello implica, naturalmente, la voluntad de permitir que un tercero intente que lleguen a un acuerdo y por supuesto la debida información sobre el procedimiento, los logros y renuncias que comporta documentado debidamente. El documento en que conste la información sobre éste extremo, así como su firma no implica ni el reconocimiento de los hechos, ni la renuncia al acceso al proceso si la mediación no llega a buen fin.

b) La *complementariedad*, supone el reconocimiento de la insuficiencia de la mediación para la consecución de la restauración buscada. De ahí que la indudable incidencia de la mediación en el proceso, suspendiéndolo o incluso transformando el contenido de la condena, no niega la necesidad del control jurisdiccional al inicio y final del procedimiento, así como en su fase de ejecución.

c) La *proporcionalidad procesal y penal* deben informar el acuerdo para que la reparación acordada o la reducción de pena, en su caso, cumplan tales principios de forma paralela a como lo hacen en el proceso y el derecho penal (menor injerencia posible; subsidiariedad o *ultima ratio*; y juicio de ponderación entre la gravedad y el fin de la pena o del acuerdo alcanzado).

d) La *confidencialidad*: principio esencial para la mediación, supone que tras la información, el mediador hará firmar un acta de confidencialidad a todos los participantes con vistas tanto al acuerdo como a que este no se alcance y no derive consecuencia negativa alguna de su intento. Coherentemente, el mediador o cualquiera del equipo no podrá ser llamado nunca al eventual proceso en calidad de testigo o perito y queda exento del deber de denunciar.

e) La *gratuidad* resulta inherente al carácter público del derecho penal, no así a la mediación<sup>111</sup>.

f) La *oficialidad*, una cuestión no tan indiscutible, equivaldría a que fuera el Ministerio Fiscal, el juez o la policía quien seleccionara los casos susceptibles de mediación y enviara a las partes, como sucede en Francia, o como parece inferirse de la experiencia piloto catalana; sin perjuicio, obviamente, de que estas manifiesten libremente su voluntad o no al respecto.

---

<sup>110</sup> BARONA VILAR, S., *La mediación penal para adultos...*, pp. 266-285, cuya clasificación seguimos.

<sup>111</sup> Recordemos que la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, contempla el pago por los servicios de mediación (Exposición de Motivos).

g) *La flexibilidad* es otra de las notas sustanciales y uno de las características que parecen dar ventaja a la mediación sobre la justicia ordinaria, siempre, eso sí, que la mediación alcance el acuerdo. Flexibilidad significa carácter poco formal pero no falta de reglas, menos aun cuando se refieren a los plazos, a la suspensión de la prescripción y del proceso penal u otros aspectos que configuran garantías. Este es, de hecho, uno de los principios cuya aplicación se complica a la búsqueda de un equilibrio entre tales garantías y la burocratización que pudieran comportar. Al margen de que determinados aspectos como que la capacitación de los mediadores debe estar absolutamente reglada.

h) *Bilateralidad y contradicción*: se precisan de dos intereses opuestos y de dos voluntades concurrentes, una para participar, reconocer y reparar y otra para participar y estar de acuerdo en el objeto de la reparación o incluso en su renuncia a la misma. La contradicción asegura que ambas partes sean escuchadas y atendidas y que a cada manifestación de una corresponda un acto equivalente de la otra. Tanto la concurrencia de la bilateralidad como de la contradicción debe ser objeto de control jurisdiccional.

B) La mediación intraprocesal en el Protocolo de Mediación penal elaborado por el Consejo General del Poder Judicial.

Fruto de una decidida apuesta en pos de la mediación<sup>112</sup>, el protocolo elaborado por el Consejo General del Poder Judicial distingue tres fases en las que se puede producir la derivación a mediación<sup>113</sup>: en la fase de instrucción; en la de enjuiciamiento y en la de ejecución<sup>113</sup>.

a) Fase de instrucción

En ella se contemplan, a su vez, dos variantes:

1ª) *Cuando se lleva a cabo durante la investigación*

El Juzgado, sin perjuicio de las diligencias de investigación que deba realizar por imperativo legal, permitirá que se inicie el proceso de mediación con anterioridad a dictar el auto de transformación en procedimiento abreviado (APA)<sup>114</sup>, o de transformación en procedimiento por delito leve<sup>115</sup>, a fin de que el plan de reparación alcanzado por las partes pueda ser tomado en consideración por el MF en su escrito de conclusiones provisionales.

---

<sup>112</sup> Véase la expresiva "Presentación" del Protocolo en la dirección que se cita en la nota siguiente.

<sup>113</sup> Accesible en: <http://www.poderjudicial.es/cgpi/es/Temas/Mediacion/Guia-para-la-practica-de-la-Mediacion-Intrajudicial/> última consulta, 23 noviembre 2017, 19,07.

<sup>114</sup> Art. 780 LECrim.

<sup>115</sup> Art. 779 LECrim.

Incoado un procedimiento por delito leve o habiéndose transformado desde un Abreviado y tras las fases de información y procurar el acuerdo, el Protocolo prevé la eventual dilatación del señalamiento -dentro de los plazos establecidos- a efectos de evitar la prescripción.

Tras el desarrollo de las fases de acogida y encuentro dialogado, el Protocolo destaca el acuerdo alcanzado en el trámite de Diligencias Previas, a efecto de poder manifestar la defensa su conformidad con el escrito de calificación del MF o redactar un nuevo escrito conjunto que recoja el acuerdo alcanzado y las variaciones que procedan en la calificación y valoración penológica de los hechos.

El plazo para realizar la mediación será de un mes desde la firma del consentimiento informado, ampliable judicialmente a instancia del Equipo de mediación.

*2ª) Si se desarrolla abierto el juicio oral*

En caso de acuerdo y conformidad se dará traslado de los escritos de calificación de conformidad al Juzgado de lo Penal que corresponda<sup>116</sup>. Podrá solicitarse la ratificación previa del acuerdo por el equipo de mediación en el acto del juicio, mediante un acuerdo de conformidad que valorará el juez, el MF y el abogado.

La reparación seguirá la forma acordada en el “plan de reparación”, previéndose que las partes consideren reparado el daño con el simple dialogo, restitución, reparación del daño, indemnización, reconocimiento de hechos u otras formas semejantes. La reparación se concluirá antes de formular el escrito de conclusiones provisionales para valorarlo como circunstancia modificativa de la responsabilidad penal. En los delitos leves, deberá producirse antes de celebrarse el juicio.

*b) Fase de enjuiciamiento*

Abierto el juicio oral es posible que el juez o tribunal, con el acuerdo del MF, valoren la conveniencia de someter el proceso a mediación, comunicándolo al abogado defensor. Ahora bien, también es posible que cualquiera de las partes tenga idéntica iniciativa, poniéndolo en conocimiento del juez o tribunal para que evalúe su conveniencia. Cuando resulte favorable y se llegue a un acuerdo, el Letrado de la administración de justicia elaborará y remitirá al Equipo de Mediación un expediente con copia de la denuncia; las declaraciones; el escrito de defensa y los informes periciales relevantes.

El juzgado o tribunal dictará providencia derivando la causa al procedimiento de mediación, enviándola a la persona acusada y a la víctima, fundamentando las razones de la derivación. Transcurrido un plazo de contestación y si éstas consienten, se abre la acogida con entrevistas privadas, que pasará después al “encuentro dialogado”. Esta puede culminar mediante acuerdo o no.

---

<sup>116</sup> Art. 787 LECrim.

En la hipótesis de que alguna parte manifestara su oposición al acuerdo alcanzado se procederá a la inmediata celebración de juicio practicándose la prueba. El mediador elaborará un informe pormenorizado que enviará al juzgado o tribunal, dictando providencia que se notificará a las partes y poniendo en su conocimiento la continuación del proceso.

Cuando se alcance el acuerdo, se elabora un documento conforme la mediación se ha desarrollado correctamente, firmando por las partes y que se transmitirá al juez o tribunal competente. Éste citará a las partes, a la víctima y a la persona mediadora al acto del juicio que se iniciará con el trámite de conformidad, en donde podrá modificarse el escrito de calificación, incorporando los acuerdos, siempre en los términos de la legalidad, definiendo y debatiendo las consecuencias jurídicas, la pena y posibles medidas suspensivas o sustitutivas<sup>117</sup>. Posteriormente, el abogado y el MF entrarán en la Sala exponiendo los hechos, acuerdos y demás cuestiones que deseen manifestar.

El juez velará por la idoneidad de los acuerdos dictando sentencia de conformidad en caso afirmativo e incorporando “el plan de reparación” como contenido de la responsabilidad civil derivada del delito<sup>118</sup>, o como regla de conducta<sup>119</sup>, en caso de adoptarse la suspensión de la ejecución de la condena.

#### c) Fase de ejecución

Si el juez competente para la ejecución de acuerdo con el MF valora la conveniencia de someter el proceso a mediación, lo pondrá en conocimiento del abogado defensor. Cuando se acepte y acabe con acuerdo, se documentará en un acta donde conste el acuerdo de reparación. No siendo así, el juez podrá decidir sobre la suspensión, sustitución o informe de indulto valorando en su caso, las circunstancias que concurran.

### **3. Un último elemento de contraste: La mediación penal en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011 y en el Borrador de Código Procesal Penal de 2013**

El movimiento doctrinal y prelegislativo hacía la incorporación de la mediación en el ámbito procesal penal alcanzó un punto de inflexión a través de la presentación de sendos textos de una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal, que sin embargo, no entraron nunca en vigor. No es objetivo de estas líneas efectuar un análisis crítico de las propuestas contenidas en los mismos; pretendo tan sólo dar noticia de ambas en lo relativo al tema que me ocupa aprovechando la circunstancia de que cada uno de los

---

<sup>117</sup> Art. 787 LECrim.

<sup>118</sup> Art. 110 CP.

<sup>119</sup> Art. 83 CP.

textos se sitúa frente a la justicia restaurativa y la mediación de manera bien distinta, circunstancia, que unida a corresponder a modelos de enjuiciamiento penal diferentes, pudiera obedecer en este aspecto concreto, a la incidencia de la repetida Directiva que se publicó justo entre la publicación de una y otra propuesta prelegislativa.

Advirtamos de antemano que ambos textos se muestran favorables a la mediación si bien el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011 la sitúa en el marco del principio de oportunidad<sup>120</sup>; en tanto el Borrador de Código Procesal Penal la incorpora como imperativo derivado de la normativa europea<sup>121</sup>. De ahí, que nada pueda comentarse en cuanto a la incorporación de la Directiva en el primero, algo por otra parte temporalmente imposible. En cuanto al Borrador de Código Procesal Penal, la percepción del prelegislador manifestada en la Exposición de Motivos enfoca directamente la justicia restaurativa orientada a la víctima pero también con fines preventivos al victimario. Examinemos brevemente los elementos esenciales de ambas propuestas.

#### A) La mediación en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011

Inspirado el Anteproyecto en un modelo claramente tributario del principio de oficialidad, la mediación, se señala, “ha de concebirse como un instrumento al servicio de la decisión expresa del Estado de renunciar a la imposición de la pena cuando ésta no es necesaria a los fines públicos de prevención y pueden resultar adecuadamente satisfechos los intereses particulares de la víctima (...) Será el fiscal el que -al apreciar la concurrencia de un supuesto que por sus características específicas, permite acudir a un archivo por oportunidad o a la imposición de una pena reducida- pueda condicionar estas posibles opciones a la adecuada satisfacción de las víctimas”.

La mediación se hace depender así de que el fiscal aparece la bondad de obtener una solución reparadora de los intereses particulares en función de la disminución o ausencia de interés del Estado en el castigo, siempre con la anuencia de los afectados. Consecuentemente, la mediación podrá adoptarse de oficio o a instancia de parte, según las circunstancias del hecho, del infractor y de la víctima<sup>122</sup>.

La configuración de la mediación en este texto se incluye en el marco del principio de oportunidad, según se constata cuando el Anteproyecto contempla las consecuencias de

---

<sup>120</sup> Arts. 157 y ss. Anteproyecto.

<sup>121</sup> La Exposición de Motivos en su apartado IV (Libro II- Disposiciones Generales sobre las actuaciones procesales y mediación penal) señala: (...) la instauración de la mediación penal era una necesidad no sólo impuesta por obligaciones internacionales, sino también sentida y reclamada por la práctica, en la que se habían llevado a cabo ya experiencias alentadoras y fructíferas”. Y posteriormente se afirma que la *Decisión Marco 2001/220/JAI* y posteriormente la *Directiva 2012/29/UE* “exige” una proyección de la mediación en el derecho penal de adultos.

<sup>122</sup> Art. 158.1 Anteproyecto.

la misma. En efecto, el fiscal -que no tendrá conocimiento de la mediación hasta que ésta haya finalizado- valorará los acuerdos alcanzados, en caso de haberse alcanzado alguno y de recibir el acta de reparación, pudiendo: a) decretar el archivo por oportunidad, imponiendo como regla de conducta los acuerdos alcanzados por las partes<sup>123</sup>; o b) proceder mediante las reglas especiales del procedimiento de conformidad, en cuyo caso las víctimas serán siempre oídas aun cuando no se hubieran personado, incluyendo la sentencia de conformidad los términos del acta de reparación<sup>124</sup>.

Por otra parte, la mediación se contempla en diversas fases del proceso: al inicio, sin que impida la práctica de diligencias indispensables para la comprobación de delito<sup>125</sup>; o en el seno del mismo, premiándolo con apreciar la atenuante de reparación<sup>126</sup>.

Su resultado, según los supuestos, podrá conducir a la continuación del proceso; la finalización con un archivo condicionado al cumplimiento de lo pactado; o a una sentencia condenatoria en el marco de la conformidad premiada.

#### B) La mediación en el Borrador de Código Procesal Penal de 2013

El Borrador de Código Procesal Penal, por su parte, contempla la mediación sin circunscribirla -señala su Exposición de Motivos- al principio de oportunidad<sup>127</sup>, o al instituto de la conformidad, lo que a juicio del prelegislador “supone una visión estrecha de la mediación, o corresponde a criterios utilitaristas o de la delincuencia menor”. La configuración de la mediación en dicho texto se adscribe a la justicia restaurativa “en la que la víctima adquiere un singular protagonismo, sin que se limite el fin del derecho penal al indemnizatorio o reparador, sino concebida como algo más rico”, con efectos preventivos importantes<sup>128</sup>.

---

<sup>123</sup> En cuyo caso no será de aplicación los requisitos establecidos en las letras a) y b) del art. 149.1 (esto es, no se requerirá que la incidencia del hecho punible sobre los bienes o intereses legalmente protegidos resulte mínima o insignificante, dado el tiempo transcurrido desde la comisión de la infracción o las circunstancias en las que ésta se produjo; o pueda reputarse mínima la culpabilidad del responsable, de forma que la imposición de la pena no haya de reportar ninguna utilidad pública.

<sup>124</sup> Art. 159,3 Anteproyecto.

<sup>125</sup> Art. 158 y 159 Anteproyecto.

<sup>126</sup> Art. 160 que remite al procedimiento del art. 158 Anteproyecto.

<sup>127</sup> Es más, según señala la Exposición de Motivos: *El modelo restaurativo que se implanta respeta el principio de legalidad y el monopolio jurisdiccional.*

<sup>128</sup> Como un sistema de gestión de conflictos en que una parte neutral (mediador), con carácter técnico y en posesión de conocimientos adecuados, independiente de los actores institucionales del proceso penal, e imparcial, ayuda a las personas implicadas en una infracción penal, en calidad de víctima e infractor a comprender el origen del conflicto, sus causas y consecuencias, a confrontar sus puntos de vista y a elaborar acuerdos sobre modos de reparación, tanto material como simbólica. *Exposición de Motivos.*

Contiene pocos preceptos dedicados a definir qué se entiende por mediación penal, o a su carácter institucional o profesional. La iniciativa parece corresponder al infractor quien lo comunicará al Ministerio Fiscal y éste a la víctima, cuando no lo considere inadecuado en atención a la naturaleza del hecho, efectuándolo a través de la Oficina de atención a la víctima<sup>129</sup>. Dicho conocimiento puede suponer la suspensión de las diligencias de investigación si lo considera oportuno<sup>130</sup>.

Sin muchas pormenorizaciones -no se estima necesario- la incorporación de lo que se define como *el procedimiento de solución del conflicto entre el encausado y la víctima en el que un tercero interviene para facilitar que alcancen un acuerdo*, remite a diversos artículos de la Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles<sup>131</sup>.

Se prescriben, eso sí, la voluntariedad; la gratuidad; la confidencialidad del proceso y la imposibilidad de que el mediador declare sobre los hechos de los que tengan conocimiento en un eventual proceso posterior.

Los efectos de la mediación, que la Exposición de Motivos señala irán predeterminadas legalmente, pueden resultar muy dispares: desde el archivo por razones de oportunidad, la suspensión de la condena, la apreciación de alguna atenuante o no tener repercusión sustantiva alguna; en todo caso, no deben ir precedidos del ofrecimiento de ventajas al encausado por parte del Ministerio Fiscal ni de los Tribunales, sin perjuicio de los efectos procesales o materiales que puedan derivarse conforme a la Ley del acuerdo con la víctima, si se alcanza<sup>132</sup>.

El acuerdo alcanzado en mediación será asimismo válido y eficaz para la revocación de la suspensión de la pena y consecuente orden de ejecución, con arreglo a lo dispuesto en el art. 86.3 CP. Al igual que para obtener los beneficios de la libertad condicional se tendrá en cuenta la participación efectiva y favorable en programas de reparación a las víctimas.

#### IV. REFLEXIONES FINALES

Ni la justicia restaurativa, ni la mediación penal vienen impuestas por la normativa europea. Su incorporación no debe apelar a algo que no es real, sino a valoraciones positivas de las opciones que así se acogen. De otra forma, la mera propuesta pierde fuerza.

---

<sup>129</sup> Art. 144,2 BCPP.

<sup>130</sup> Art. 145 BCPP.

<sup>131</sup> Arts. 6.1; 6.3; 7; 8; 10.1; 10,3; 11; 12 a 14; 17 a 23; 25 y 26, concretamente.

<sup>132</sup> Art. 146 BCPP.

Su mención en la Directiva 2012/29 ya constituye un avance que conforma un sustrato normativo como opción que se deja en manos del Estado correspondiente, otorgando valor determinante, en su caso, a la voluntad de la víctima que opte por participar en dicho proceso. De hecho, se señala que los Estados miembros facilitarán la derivación, si procede, a los servicios de justicia reparadora, esto es, en la medida que se contemple tal eventualidad y cumplimentados todos los presupuestos analizados en este trabajo, estableciendo procedimientos u orientaciones sobre las condiciones de tal derivación. Solo en tal hipótesis, la Directiva 2012/29/UE establece una serie de garantías que deberán respetarse en el contexto de los servicios de justicia reparadora, siempre que la víctima opte por participar en dichos procesos y en tanto no decline su voluntad. En tal contexto, la Directiva requiere, aquí sí, que los servicios de justicia reparadora sean seguros y competentes y cumplan una serie de condiciones ya expuestas, ordenadas a salvaguardar los intereses de la víctima y a garantizar que su consentimiento es libre e informado, acarreándole además beneficios, sin comportarle perjuicios o victimización secundaria.

Con todo, el profundo cambio que incorpora la justicia penal, sus bondades y sus inconvenientes deben ser objeto de ponderación, aplicándose en los términos, necesariamente limitados que sus propios partidarios requieren. Entre los mismos, el peligro de banalización ínsito en limitarlo a la llamada criminalidad de bagatela, así como quedar reservado a sujetos con capacidad económica suficiente, perdiendo en buena medida sus objetivos restaurativos.

La mediación penal, más en concreto, no debe considerarse un medio alternativo, como mera traducción de las siglas inglesas ADR, sino un medio complementario, por un doble motivo: porque como la justicia restaurativa no da respuesta a todas las situaciones a que debe atender el derecho penal y el derecho proceso penal, requiriendo de la intervención jurisdiccional en determinados aspectos como el cautelar o el de ejecución; y porque la aplicación de la mediación penal no puede constituir una elección taxativa entre la garantía que comporta el proceso penal y su renuncia y abandono; tanto desde el punto de vista constitucional (del derecho de acceso a la justicia) cuanto de la propia operatividad de la mediación, que se asienta y desarrolla en principios y objetivos conexos a la libre voluntad, y cuyo complemento natural es la jurisdicción. La mediación penal no debe negar el proceso ni restringirlo, menos aun cuando el acuerdo tras la mediación se incorporará a un proceso al menos en algunas modalidades.

Admitida dicha limitación, así como su eventual prohibición en algunos casos o su simple limitación en otros, resulta crucial requerir de la mediación penal la concurrencia de una serie de garantías en aspectos sustanciales, empezando por la existencia de una norma legal que satisfaga la previsión normativa.



En ésta se incorporarán, no sólo los aspectos requeridos en la Directiva 2012/29/UE, que como en su propio título anuncia, establece “normas mínimas” sobre los derechos, apoyo y protección a la víctima de los delitos, sino aquellos relativos a salvaguardar la presunción de inocencia y el acceso a la mediación con un conocimiento libremente informado que garantice mediante un doble control la voluntad de la víctima y del victimario; la confidencialidad y el secreto de la sumisión a la mediación y de las deliberaciones, así como, que en caso de no llegarse a un acuerdo, la incorporación al proceso penal no implique en modo alguno la utilización de lo afirmado en la mediación o que el mediador pueda ser llamado como testigo o perito al proceso. Y, como no, las garantías de profesionalidad e independencia del mediador incorporadas a un Estatuto del mediador.

Resulta imprescindible, en el sentido indicado, articular con las debidas garantías la forma de incorporación del acuerdo al proceso y la posible suspensión de aquél; y más aún, si cabe, la eventual exclusión de éste último en aquellos hechos, necesariamente previstos legalmente, y que se encuentren sujetos a la concurrencia de presupuestos como la reparación a la víctima.

Estas reflexiones “meramente aproximativas” configuran “valoraciones de mínimos”, como los términos de la propia Directiva, que se formulan desde el respeto a otros análisis más exhaustivos y de autores más especializados. Circunstancia que no impide, sin embargo, que puedan resultar de utilidad para evaluar la incorporación de un método, cuyo éxito reside en buena medida en las garantías que se preserven y en la asunción de un ámbito objetivo de aplicación limitado; algo tan esencial como asumir su carácter eventual y complementario del proceso penal, que con todas las críticas que pueda suscitar -algunas ciertamente discutible- sigue siendo el mejor medio para preservar las garantías individuales, lo fines del derecho penal y alcanzar la paz social.