

El eterno embrión de la mediación penal en España

The eternal embryo of criminal mediation in Spain

Eduardo Rafael Luna Álvarez

(Facultad de Derecho de la

Universidad de las Islas Baleares, España)

 <https://orcid.org/0000-0002-9057-7262>

Correspondencia: eduardo.luna@equiareabogados.com



Recibido: 11-12-2024
Aceptado: 14-06-2025

EL ETERNO EMBRIÓN DE LA MEDIACIÓN PENAL EN ESPAÑA

Eduardo Rafael Luna Álvarez

RESUMEN

Habida cuenta del tiempo transcurrido desde la promulgación del germen de la mediación en el seno del procedimiento penal en España, mediante este trabajo se analiza su implantación en el sistema judicial penal, poniendo de relieve, lamentablemente, su escasa regulación. El método empleado para la elaboración de este artículo ha sido el estudio y análisis de la legislación de la Unión Europea y la española respecto de la mediación penal, obteniendo como resultado una evidencia científica. La mediación penal en España, pudiendo ser una realidad, se encuentra en un estado incipiente y embrionario desde el año 2015, lo que nos lleva a concluir que el legislador español, lejos de mostrar un interés real por la justicia restaurativa, no ha realizado ninguna labor de calado en referencia a la regulación normativa, implementación ni desarrollo de este importante mecanismo de justicia.

PALABRAS CLAVE: mediación penal - justicia restaurativa - víctima - ofensor - resolución alternativa de conflictos

THE ETERNAL EMBRYO OF CRIMINAL MEDIATION IN SPAIN

Eduardo Rafael Luna Álvarez

ABSTRACT

Given the time that has elapsed since the enactment of the seed of mediation within criminal proceedings in Spain, this paper analyzes its implementation in the criminal justice system, highlighting, unfortunately, its lack of regulation. The method used to prepare this article was the study and analysis of European Union and Spanish legislation on criminal mediation, resulting in scientific evidence. Criminal mediation in Spain, although it could be a reality, has been in an incipient and embryonic state since 2015, leading us to conclude that the Spanish legislature, far from showing a real interest in restorative justice, has not done any significant work on the regulatory framework, implementation, or development of this important justice mechanism.

KEYWORDS: criminal mediation - restorative justice - victim - offender - alternative dispute resolution

El eterno embrión de la mediación penal en España

*Eduardo Rafael Luna Álvarez¹
España*

Introducción

El año 2015 marcó un hito significativo en el panorama jurídico español debido a la implementación de múltiples reformas legislativas de gran relevancia. Entre estas, la modificación del Código Penal (en adelante CP) a través de la Ley 1/2015 del 30 de marzo, que fue especialmente destacada por introducir preceptos sobre la mediación penal, un mecanismo que hasta entonces carecía de un marco normativo claro en España.

Previamente, aunque la mediación penal había sido objeto de recomendaciones² y directrices internacionales³ desde el año 2001, no se había materializado en la legislación española de manera efectiva. La reforma de

- 1 Dr. Eduardo Rafael Luna Álvarez, abogado y doctor en Derecho, es profesor universitario especializado en Derecho Penal, Criminología y Neurociencia. Cuenta con amplia experiencia profesional en el ejercicio de la abogacía, la docencia y la divulgación jurídica en medios de comunicación. Sus líneas de investigación incluyen la mediación penal, la responsabilidad derivada del uso de la inteligencia artificial, la ciberdelincuencia, la neurocriminología y el neuroderecho campo en el que es pionero. Participa en proyectos financiados por el Ministerio de Ciencia e Innovación y la Agencia Española de Investigación, integrando enfoques jurídicos, criminológicos y tecnológicos en sus trabajos académicos. El artículo presentado es producto de la línea de investigación que el autor lleva en este campo en relación con su implantación en España.
- 2 Recomendación CM/Rec (2018) del Comité de ministros a los Estados miembros en materia de justicia restaurativa penal, 2018. <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Normativa-y-jurisprudencia/Normativa-europea/Recomendacion-CM-Rec-2018-8-del-Comite-de-Ministros-a-los-Estados-miembros-en-materia-de-justicia-restaurativa-penal>
- 3 Directrices de la Unión Europea. A/66/811, 25 de junio de 2012. <https://peacemaker.un.org/>



2015, por tanto, representó un primer esfuerzo, alineando el derecho interno con las normativas internacionales, aunque de forma incipiente y sin un desarrollo normativo exhaustivo posterior.

Este artículo se propone examinar detenidamente la repercusión que la reforma del CP de 2015 tuvo en la mediación penal, así como su evolución y aplicación en el contexto jurídico español desde entonces. Se busca ofrecer una evaluación crítica de los avances logrados y de las áreas que todavía requieren un mayor desarrollo legislativo y práctico. A través de un enfoque analítico y comparativo, donde se presenta una comprensión integral de cómo este mecanismo alternativo de resolución de conflictos ha sido integrado, o no, en el sistema penal español, así como establecer cuáles son los retos y oportunidades que depara el futuro.

I. Método

En el seno de este trabajo, se ha implementado una metodología de análisis documental. Esta metodología se ha centrado en la revisión crítica de una variedad de fuentes, incluyendo libros, capítulos de libros, sitios web, artículos de revistas académicas de renombre, normas jurídicas, así como informes y recomendaciones internacionales, relacionadas con la regulación de la mediación penal. Este enfoque crítico ha implicado un proceso de recopilación, cotejo y análisis lógico-racional, así como la síntesis e interpretación sistemática de las teorías doctrinales y normativas concernientes a la mediación penal en la normativa española, europea y, en ocasiones con miradas hacia países anglosajones, donde este mecanismo es una realidad desde hace años. (UK, Canadá y EE. UU son una buena muestra de ello).

Específicamente, esta metodología se estructura en los siguientes términos. En primer lugar, se ha realizado un análisis detallado de diversas fuentes para comprender la esencia y peculiaridades fundamentales de la mediación en el ámbito delictual, lo cual resulta esencial para identificar los desafíos y problemáticas inherentes a su implementación y regulación en el sistema jurídico español. En segundo lugar, se ha analizado la interacción entre la mediación penal y la legislación tradicional, prestando especial atención a las modificaciones introducidas por las reformas del CP de 2015, únicas en esta materia. Finalmente, se han examinado diversas fuentes para evaluar el papel y las contribuciones de las normativas internacionales en relación con la regulación de la mediación penal en el contexto español.

Mediante esta metodología se busca proporcionar una evaluación comprehensiva y detallada del impacto que tiene el mecanismo de mediación en el sistema penal español, identificando tanto sus fortalezas como las áreas que requieren un mayor desarrollo legislativo y práctico. Esta aproximación permite no solo comprender el estadio actual de este mecanismo de justicia restaurativa penal, sino también ofrecer recomendaciones para su mejora y desarrollo futuros, en los cuales existe un amplio campo de avance.

II. Resultado

1. El embrión de la mediación penal

En lo que atañe al abordaje de esta problemática en el territorio español, es innegable que el año 2015, se distinguió por un período tumultuoso en el ámbito de las reformas normativas. En la historia contemporánea, es infrecuente observar una concentración tan elevada de modificaciones legislativas en materia penal en un lapso temporal tan reducido, y no se trata de innovaciones insignificantes, sino de reformas de considerable trascendencia. En efecto,

durante el año 2015, se promulgaron reformas de gran escala, a saber, la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, que introduce varios preceptos en la LOPJ (Ley Orgánica del Poder Judicial), y la Ley 42/2015, de 5 de octubre, que reforma la LEC (Ley de Enjuiciamiento Civil). Asimismo, el mismo día se promulgaron la Ley Orgánica 13/2015 y la Ley 41/2015, las cuales realizan cambios significativos en la LECrim (Ley de Enjuiciamiento Criminal). Por su parte, la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, introduce modificaciones fundamentales en el CP y también afecta de manera importante al ordenamiento procesal, concretamente en lo que se refiere a la novedosa incorporación del principio de oportunidad, orientado a cumplir una función fundamental en la incorporación de la mediación penal dentro del sistema judicial.

Previo a la modificación del CP, la mediación penal apenas se encontraba mencionada en el ordenamiento penal español. Desde el año 2001, las normativas internacionales, tales como la Recomendación del Comité de Ministros a los Estados miembros en materia de justicia restaurativa penal, instaban a sus miembros a que adoptaran medidas encaminadas a la efectiva implementación de este mecanismo en el ámbito procesal penal. El legislador, esperó catorce años para transponer y aplicar esta normativa. Lo que parecía un tiempo de reflexión, estudio y preparación para la aplicación de un verdadero sistema de mediación penal, se tradujo en una sucinta mención a los mecanismos de justicia restaurativa y la promulgación de un puñado de artículos que se insertaron en varias reformas, de manera incipiente y sin un desarrollo normativo exhaustivo. Al menos esta es la postura crítica que mantiene este autor, como ya se ha adelantado en los estadios iniciales de este trabajo; esta apreciación se puso de manifiesto ya en el año 2017, con la tesis doctoral que este autor elaboró sobre la misma materia;⁴ y siete años después, por desdicha,

4 Eduardo Rafael Luna Álvarez, "Análisis crítico de la regulación y aplicación de la mediación penal en el ordenamiento jurídico español y propuesta de mejora lege ferenda" (Tesis Doctoral: Universidad de las Islas Baleares, 2017). <https://dspace.uib.es/xmlui/handle/11201/159816>

la normativa sigue en el mismo punto. A pesar de ciertas experiencias piloto, poco o nada se ha avanzado en este sentido.

Retomando el convulso año 2015, se debe centrar la atención en las leyes españolas que surgieron a consecuencia de los impulsos legislativos propiciados por la Unión Europea (en adelante EU) y que debían ser transpuestos al sistema jurídico nacional. En este sentido, sirva de ejemplo, la LO 5/2015, de 27 de abril, que modifica la LECrim y la LOPJ, normativa sancionada como trasposición de la Directiva 2010/64/UE, de 20 de octubre, concerniente al derecho a la interpretación y traducción en los procedimientos penales, y la Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo, que aborda y regula el derecho a la información en el ámbito procesal penal. Sin embargo, de manera fundamental, se debe referir a la mencionada Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito (en adelante EVD), que incorpora la Directiva 2012/29/UE, de 25 de octubre, mediante la cual se establecen estándares mínimos relativos a los derechos, protección y apoyo de las víctimas de hechos delictivos.

La mencionada Ley 4/2015 incluye una mención general sobre la inclusión de “servicios de justicia restaurativa”, así como una sucinta mención a que, se lleve a cabo un proceso de mediación, siempre que no implique un riesgo para la víctima, ni conlleve la posibilidad de ocasionar nuevos daños materiales o morales a esta, especialmente proscribiendo la victimización secundaria. A este respecto, y siguiendo a Vélez y Guzmán “por victimización secundaria se entiende la serie de costes materiales y personales que le acarrea a la víctima de un delito su intervención dentro del proceso penal en el cual el presunto autor del delito está siendo juzgado”.⁵

5 Luis Andrés Vélez-Rodríguez y Carlos Andrés Guzmán-Díaz, “Víctima del delito y racionalidad legislativa penal. Comentarios al proyecto de ley sobre acusación particular de la víctima de delito en el sistema procesal penal colombiano”, en *Revista InDret Penal* (2015).

Establecido lo anterior, la normativa relativa a la mediación penal en el contexto del enjuiciamiento de adultos se introduce en el ordenamiento jurídico con la mencionada reforma del artículo 84.1 del CP en el año 2015, la cual introduce la opción de suspender la ejecución de la condena siempre y cuando se cumpla el acuerdo logrado entre las partes en el contexto de una mediación. Con esta formulación breve y concisa, se abre la posibilidad de que los acuerdos alcanzados en mediación puedan incidir en la imposición de la pena.

Sin embargo, como se ha señalado, en lo que respecta al ordenamiento jurídico español, la implementación de la Directiva Europea, que resultó en el EVD, llevó a la introducción, aunque de forma parcial e insuficiente, de un marco normativo relacionado con la mediación en el sistema penal, el cual no existía previamente como se ha mencionado.

Por primera vez, a través de la citada normativa, se regulan los diversos derechos que asisten a los sujetos pasivos por las consecuencias de un ilícito penal. Desde una perspectiva general, esta Ley merece una valoración favorable, ya que otorga reconocimiento jurídico a la situación procesal de las víctimas. Parafraseando a la profesora Arrom,⁶ las víctimas son las grandes olvidadas del proceso penal, (me atrevo a decir que la víctima es el gran, convidado de piedra, del proceso penal). De este modo, la dispersión normativa que ha prevalecido durante años se había visto parcialmente resuelta con la entrada en vigor del EVD, repito, parcialmente resuelta.

El legislador muestra una clara preocupación por resguardar a las personas afectadas por delitos, de lo que puede suponer un daño añadido, como resultado del contacto con el sistema judicial. Ya sea como afectados directos del delito (víctima) o porque ejerzan la acusación particular, es inevitable, en consecuencia, su paso por el proceso. Sin embargo, la ciencia forense ha demostrado repetidamente que este tránsito judicial frecuentemente causa una victimización secundaria. Recordemos que ese tipo de victimización es la que

6 Rosa Arrom Loscos, *Aproximación a la mediación penal. Líneas rojas, violencia de género y mediación penal ¿un reto de futuro?* (España: Civitas, 2019), 30-50.

se produce a consecuencia del propio tránsito por el sistema judicial, aspecto totalmente indeseable.

Para entender mejor lo expuesto, es necesario referirse a la introducción (exposición de motivos) del EVD, donde se revela que su objetivo es la creación de una norma que defina el estatus de la víctima del delito, ofreciendo una respuesta integral por parte de los poderes públicos. Esta respuesta incluye actuaciones, no solo el ámbito jurídico, sino también el social. En el ámbito jurídico pretende la reparación del daño mediante el proceso penal y además reducir los efectos traumáticos y morales que la condición de víctima puede causar, independientemente de su posición procesal.

Se considera que dicha norma, acorde con el propósito de la legislación europea en esta materia y los progresos sociológicos, tiene como objetivo, por un lado, restaurar la dignidad de las víctimas y, al mismo tiempo, establecer mecanismos que protejan sus intereses en el proceso, así como los de la sociedad en general, mediante la prevención especial. Aspecto sin duda positivo.

La dispersión legislativa previamente mencionada fue parcialmente abordada con la entrada en vigor del EVD, el cual consolidó en una sola norma los derechos de las víctimas, acogiendo así la normativa de la UE y respondiendo a las demandas de la sociedad española que exigía una justicia más humana y restaurativa que otorgue mayor entidad y protagonismo a la víctima. Sin embargo, dicho objetivo no se ha materializado completamente, ya que la víctima continúa, en muchas ocasiones, siendo la gran olvidada.

Como corolario de lo anterior, es necesario subrayar la falta de calado, concreción, desarrollo y alcance de los preceptos normativos establecidos en el Estatuto respecto a la mediación penal. La regulación de la mediación penal es, en el mejor de los casos, embrionaria. No se mencionan, entre otros aspectos relevantes, las condiciones requeridas para ejercer como mediador penal, el proceso para iniciar el mecanismo, los impactos de este en el procedimiento judicial, sus principios, definiciones y la responsabilidad del mediador; aspectos

que aún no están claramente definidos ni regulados. Esta falta de regulación se mantiene casi diez años después, lo que explica el título de este estudio.

En efecto, nueve años después de su instauración en el sistema jurídico español, este mecanismo continúa careciendo de un impulso, desarrollo o regulación normativa suficiente. Un trabajo de codificación que, como se postuló y ya se dejó patente en una obra monográfica al respecto,⁷ no solo es necesaria, sino también esencial para asegurar la efectividad del propio EVD en lo que concierne a la implementación adecuada de la mediación penal en España.

Regresando al importantísimo artículo 15 del EVD, no resulta ocioso referirse a su contenido. En él se reconoce a las víctimas el derecho de acceder a servicios de justicia restaurativa, los cuales se regulan conforme a disposiciones específicas. Estos servicios buscan proporcionar una reparación apropiada, tanto material como psicológica, por los daños causados por el delito (daños morales). Para que esto sea posible, es necesario colmar ciertos requisitos: primero, el infractor debe admitir los hechos esenciales que constituyen su responsabilidad; segundo, la víctima debe otorgar su consentimiento tras haber sido informada de manera completa e imparcial sobre el contenido, los resultados posibles y los mecanismos existentes para asegurar el cumplimiento de lo acordado; además, el infractor también debe consentir en participar de la mediación.

Es fundamental que el proceso de mediación no represente ningún riesgo para la víctima, ni tenga el potencial de causar daños adicionales, ya sean materiales o morales. Corolario de lo anterior, la Ley no debe prohibir la mediación para el delito específico en cuestión, aspecto también controvertido.

Todo lo tratado durante el proceso de mediación se mantendrá en estricta confidencialidad y no podrá ser divulgado sin la anuencia de ambas partes. Los mediadores y demás especialistas que intervengan están sujetos a un deber de secreto en relación con los hechos y declaraciones que lleguen a conocer en el ejercicio de sus funciones.

7 Eduardo Rafael Luna Álvarez Luna, *Análisis crítico de la regulación y aplicación de la mediación penal en el ordenamiento jurídico español* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2023), 146-202.

Como se puede observar, el citado artículo presenta de manera sintética los elementos fundamentales de la mediación. Teniendo en cuenta la necesidad de establecer una normativa futura sobre mediación penal, se sugiere que el primer apartado del precepto actual delega su desarrollo a un reglamento posterior. No obstante, debido a la importancia del tema y su influencia en los derechos fundamentales y el proceso penal, se entiende que esta regulación debe llevarse a cabo a través de una Ley orgánica. En este contexto, en 2023 se propuso específicamente la creación de una Ley Orgánica de Mediación Penal.⁸

El EVD aborda los requisitos fundamentales para la mediación penal, trasladando los principios esenciales que la configuran. Entre estos requisitos, se incluye la necesidad de que el infractor asuma la existencia de los hechos, que la mediación sea voluntaria, que se prevenga cualquier desequilibrio entre las partes, y que se evite la victimización secundaria. No obstante, se considera incorrecta la exclusión de ciertos asuntos de la mediación penal, según lo dispuesto legalmente.

Pese a las notables deficiencias del artículo 15 del EVD, tales como la falta de protocolos específicos, las formas de remisión de asuntos a mediación o los efectos del acuerdo en el proceso penal, es importante señalar que, incluso si una mediación penal se realiza con éxito bajo la normativa actual, no conlleva la finalización automática del proceso penal, dicho lo cual, es cierto que el acuerdo de mediación podría influir en el resultado del proceso, atenuando la condena o incluso posibilitando la suspensión del ingreso en prisión. Pero esta opción siempre quedará al arbitrio del tribunal.

Hasta el nacimiento del EVD, la mediación penal era la gran desconocida en España, de hecho, sigue siéndolo. Diversos instrumentos comunitarios y sistemas anglosajones, como los establecidos en New York, Canadá o los indígenas americanos han contemplado la justicia restaurativa como una vía principal durante años, debemos añadir, con buenos y prometedores resultados,

8 *Ibid.*

tristemente la implantación de este mecanismo aún no es una realidad en España.

En diciembre de 2015, el legislador español sancionó un Real Decreto (en adelante RDDEVD) que tenía como objetivo desarrollar el EVD y establecer elementos para implementar la justicia restaurativa. Sin embargo, la regulación en el RDDEVD ha sido insuficiente, limitada al título tercero, específicamente al artículo 12, que define el objeto y ámbito de las llamadas OAV (“Oficinas de Asistencia a las Víctimas”).

En lo que respecta a la justicia restaurativa, la normativa solo la menciona en el párrafo final del artículo mencionado, indicando que las OAV deben promover las medidas de justicia restaurativa adecuadas. Estas oficinas están diseñadas para proporcionar asistencia integral, concretamente, social, psicológica, jurídica y asistencial, fomentando así medidas de justicia restaurativa. Como se puede apreciar, la normativa únicamente menciona la promoción de medidas de justicia restaurativa sin detallar procedimientos, características, situaciones o previsiones necesarias para cumplir este objetivo.

Además, el artículo 19 del RDDEVD, dentro de un amplio repertorio de funciones atribuidas a las OAV, se menciona de manera genérica, aunque explícita, la mediación penal. Se establece que, dentro del deber de información hacia la víctima, esta debe tener toda la información relativa a las alternativas que ofrecen los medios alternativos de solución de controversias, refiriéndose así a la mediación penal y la justicia restaurativa, configurándose como una obligación de información para con la víctima. Por otra parte, en la fase de intervención, en la que la oficina debe apoyar a la víctima, se menciona nuevamente de manera sucinta en el artículo 28, inciso f, donde se incide en la importancia de proporcionar nuevamente información sobre la opción de acceder a la justicia restaurativa y, si corresponde, sobre las medidas que puedan implementarse. Se considera que estas medidas son de naturaleza similar, igualmente enunciativas.

Las referencias a la mediación penal y a los medios alternativos de solución de controversias (MASC) funcionan como punto de referencia inicial en cuanto a información y difusión de la mediación. El problema, o la crítica, nace en la absoluta falta de interés del legislador español en hacerlo realidad, ignorando que este mecanismo podría contener la solución a muchos de los grandes males de los que, hoy en día, padece la justicia española. Las bondades de la mediación superan con creces los posibles inconvenientes; esta afirmación se refuerza si analizamos sus principios fundamentales.

2. Los principios informadores o fundamentales de la mediación penal

Detallar los principios y peculiaridades de la mediación penal implica detallar los fundamentos que gobiernan la justicia restaurativa, tarea apasionante e ilusionante cuando se trata de dignificar a las víctimas y en definitiva proponer la existencia de una verdadera justicia.

Siguiendo las aportaciones propias y la clasificación extensiva adoptada por gran parte de la doctrina,⁹ se considera que estos principios no constituyen un elenco cerrado sobre la mediación penal. Es posible que, a partir de la práctica efectiva, una vez instaurada y consolidada, algún día en España, si el legislador toma conciencia de la importancia de este mecanismo, a buen seguro se identificarán aspectos referentes al procedimiento adicionales que coadyuven a fortalecer las garantías jurídicas que debe incorporar la mediación penal, para que pueda convertirse en lo que es llamada a ser. Una solución a la deshumanización de la justicia.

9 María del Carmen Pereira Pardo, Vanesa Botana Castro y Beatriz Fernández Muiños, *La mediación paso a paso. De la teoría a la práctica* (Madrid: Dykinson, 2013), 50.

Principio de voluntariedad

Un principio esencial, diría más, crucial, de la mediación penal como mecanismo de justicia restaurativa es, la voluntariedad. Este principio requiere que tanto la víctima como el infractor se involucren en el proceso de manera voluntaria y libre, teniendo la opción de retirar su consentimiento en cualquier momento. Por lo tanto, es evidente que el consentimiento en este contexto es, por naturaleza, revocable. En términos generales, este principio no suscita dudas en el ámbito penal, ya que se podría entender que las partes aceptan libremente la mediación.

Sin embargo, este principio ha generado cierta controversia doctrinal respecto al verdadero alcance del término "voluntariedad",¹⁰ aunque la perspectiva de este autor, en línea con Arrom, este principio constituye una base fundamental de la mediación. Cabe cuestionarse si este principio de acceso libre y no coercitivo es verdaderamente real. En un proceso penal, si un juez, con el consentimiento de las partes, considera que un caso específico es susceptible de mediación ¿podría interpretarse que la voluntariedad se ve influenciada, dado que la "iniciativa" de derivar el caso a mediación proviene del propio juez, de los letrados, o de las oficinas de mediación?

El legislador en España ha intentado resolver esta duda introduciendo este mecanismo de justicia restaurativa desde un enfoque totalmente voluntario, tal como se refleja en el artículo 15 del EVD, convirtiendo así la voluntariedad en un principio básico y fundamental de la mediación. Empero, la normativa

10 E. Aguilera, "La mediación como "alternativa" al proceso penal de adultos: ¿de la práctica a la ley?", en *Problemas actuales del proceso iberoamericano*, Vol. 1 (2006): 279-294; Carmen Cuadrado Salinas "La mediación penal: ¿una alternativa real al proceso penal", en *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología RECPC*, N.º 17-01 (2015). <https://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/42782-mediacion-alternativa-real-al-proceso-penal>; Raquel Castillejo Manzanares, *Nuevos debates en relación a la mediación penal, civil y mercantil* (Universidad de Santiago de Compostela: Ed. Servicio de Publicaciones e Intercambio Científico, 2018), 79-106; José Francisco Etxebarria Guridi "Presente y futuro de la mediación penal en el ordenamiento español ¿cabe más incertidumbre?", en *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Vol. 5, N.º 1 (2019). DOI: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v5i1.206>; Ixusko Ordeñana Gezuraga, *Mediación penal, la alternativa jurisdiccional que funciona* (XVII Congreso de Estudios Vascos, Universidad del País Vasco, 2012). <https://www.eusko-ikaskuntza.eus/PDFAnlt/congresos/17/19371956.pdf>

europea, en el considerando 14 y el artículo 5.2 de la Directiva sobre mediación penal, otorga a los estados miembros la posibilidad de optar por una mediación obligatoria, o de dotarla de incentivos y sanciones, siempre que no se vulnere el derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de acceso a los tribunales. (art. 24 CE).

No es sorprendente que existan opiniones dogmáticas que sostienen que esta potestad otorgada al legislador nacional para afinar el principio de "voluntariedad" no logra cumplir con el propósito de dicho principio, el cual debería estar exento de limitaciones y ambigüedades. La cuestión ha sido objeto de debate doctrinal, destacándose diversas posiciones al respecto.

Por un lado, Barona,¹¹ argumentaba que la obligatoriedad de la mediación era admisible, considerando que ya existían otras formas de justicia restaurativa en el sistema procesal español, como la conciliación obligatoria y previa a la demanda en el ámbito laboral, por ejemplo. Este argumento fue refutado por quienes se oponían a la obligatoriedad de la mediación, argumentando la ineficacia histórica del modelo de conciliación obligatoria. Como por ejemplo Arrom.¹²

Otro argumento a favor de la mediación obligatoria resaltaba el carácter litigante de la cultura española. Algunos como Castillejo,¹³ sostenían que, debido a la tendencia a litigar, era necesario instaurar una mediación obligatoria para fomentar nuevos hábitos y promover una cultura de mediación como medio para aliviar la sobrecarga de los tribunales. Sin embargo, otros autores, Arrom,¹⁴ abogan por fomentar una cultura de formación, capacitación y educación que, en última instancia, deriva en una cultura de mediación aprendida. Este enfoque fue inicialmente propuesto también por Barona,¹⁵ quien más tarde lo abandonó

11 Silvia Barona Vilar, *Mediación penal Fundamento, fines y régimen jurídico* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2011), 109.

12 Rosa Arrom Loscos, *Aproximación a la mediación penal*.

13 Raquel Castillejo Manzanares, *Nuevos debates con relación a la mediación penal, civil y mercantil*.

14 Rosa Arrom Loscos, *Aproximación a la mediación penal*.

15 Silvia Barona Vilar, *Mediación penal Fundamento, fines y régimen jurídico*.

en favor de la obligatoriedad. La autora argumentaba que se debía comenzar enseñando mediación en las escuelas, continuar con la formación jurídica y psicológica en las universidades y, posteriormente, capacitar a los mediadores. No obstante, reconocía que estas medidas son más complejas y requieren más tiempo que la implementación de la obligatoriedad.

Autores como Delors,¹⁶ trataron el tema de la mediación obligatoria desde una perspectiva más humanística, proponiendo la educación y formación con objetivos claros, aunque utópicos. Según el citado autor, es fundamental educar para aprender a convivir y, en definitiva, a ser.

Desde la perspectiva de este autor, hablar de mediación obligatoria es un oxímoron, especialmente porque la voluntariedad es consustancial al concepto de mediación. El legislador y las autoridades deben dedicarse a dotar a la mediación de un sistema integral de información, difusión, educación e implementación en cada uno de los sectores de la sociedad. De esta manera, se fomentaría una auténtica cultura de mediación y se eliminaría la necesidad de un mecanismo obligatorio, ya que los ciudadanos optarían por la mediación de forma voluntaria, convencidos de sus ventajas.

Finalmente, se debe referir tangencialmente a la jurisprudencia civil, siguiendo a Estancona,¹⁷ sobre el principio de voluntariedad, quien sostiene que en cualquier proceso de mediación es fundamental el acuerdo de las partes, sin el cual no se puede llevar a cabo. Efectivamente lo anterior no puede predicarse en el ámbito penal, donde prevalece el interés público sobre el particular, en este ámbito, el acuerdo de mediación, entendido como un acuerdo entre las partes, no puede ser vinculante para el tribunal, como sucede en otros países, ya que el proceso penal no resulta disponible para las partes, con la excepción

16 Jacques Delors, *Los cuatro pilares de la educación. La educación encierra un tesoro* (Madrid: UNESCO, 1996), 91-103.

17 A.A. Estancona, *Sentencias clasificadas por materias* (Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2015), 30.

de los delitos privados (calumnias e injurias) y el posible reflejo que el acuerdo de mediación pudiera tener en el resultado del proceso.

Principio de igualdad de las partes

Para abordar adecuadamente este principio, es esencial considerar su encaje constitucional, que tiene su base en los artículos 1, 9.2 y 14 de la Constitución Española (en adelante CE). Dichos preceptos disponen lo siguiente:

España se fundamenta en valores y principios supremos tales como la libertad, la justicia, la igualdad y pluralismo político, según determina el artículo 1 de la CE, quedando configurado como un verdadero Estado social, democrático y de Derecho. El artículo 9.2 de la CE, por su parte, asigna a los poderes públicos la obligación de adoptar e impulsar las condiciones necesarias para que la libertad y la igualdad de los individuos y de los grupos que la integran sean auténticas y efectivas. También establece un mandato imperativo al legislador, instándole a eliminar cualquier obstáculo que impida o dificulte su plena realización, debiendo, además, facilitar la participación de los ciudadanos en la vida política, social, cultural y económica. El artículo 14 de la CE, garantiza que todos los españoles son iguales ante la Ley, prohibiendo cualquier forma de discriminación basada en motivos de sexo, raza, religión, opinión, e incluso cualquier otra circunstancia personal, económica o social, configurándose como un verdadero derecho fundamental.

El análisis que la jurisprudencia realiza del artículo 14 CE distingue dos niveles: el trato igualitario y la prohibición de discriminación. La igualdad de trato prohíbe el trato diferencial injustificado hacia una persona, mientras que la prohibición de discriminación impide la diferenciación basada en características como la raza, sexo, religión, creencias o cualquier otra condición análoga. De esta manera, la tutela de la igualdad de trato busca eliminar la arbitrariedad, mientras que la prohibición de discriminación pretende erradicar las causas fundamentadas en prejuicios especialmente discriminatorios. Con base en lo

anterior, resulta evidente que los artículos citados proclaman la igualdad de todos los ciudadanos ante la Ley.

Cuando se refiere al principio de igualdad en la mediación, surge la cuestión de si dicho derecho fundamental de igualdad debe ser concebido como un principio básico de la mediación o, alternativamente, debe evolucionar para integrarse dentro de los límites del artículo 24.1 CE, transformando el principio de prohibición de la indefensión en un nuevo concepto de "indefensión por desequilibrio de las partes".¹⁸ La indefensión es un concepto más amplio que el desequilibrio entre las partes y puede originarse por múltiples factores; no obstante, en este contexto, nos enfocamos en el desequilibrio de las partes debido a su importancia en la mediación penal. Línea roja que no debe traspasarse en pro de la protección de la víctima.

Este asunto tiene dos aspectos principales: en primer lugar, la igualdad entre las partes es un principio fundamental en la mediación penal, como hemos visto; en segundo lugar, la Ley garantiza indiscutiblemente esta igualdad, permitiendo que cualquier ciudadano acceda a este mecanismo. Por otro lado, existen visiones diferentes sobre las limitaciones que el legislador impone a la mediación, nosotros abogamos por una apertura cuasi total de la mediación, con la única barrera del desequilibrio.

En cuanto al artículo 9 de la CE, creemos que el principio de igualdad entre las partes debe integrarse con los principios de imparcialidad y neutralidad que son fundamentales en cualquier sistema jurídico, máxime si de mediación penal hablamos. Esto culmina en la aplicación del principio de seguridad jurídica, tal como se establece en el propio precepto, adaptándose a las características específicas de un mecanismo intraprocesal.

18 Edilsa Torres Osorio, "La Mediación a la luz de la tutela judicial efectiva" (Tesis Doctoral, Universidad de Salamanca, 2013), 515.

Principio de imparcialidad

Cuando se refiere a ciertos conceptos, como sucede con el de imparcialidad, en ocasiones para poder analizarlos resulta particularmente esclarecedor acudir a su definición literal. En este caso la RAE lo describe como la ausencia de designio previo en contra o a favor de una persona o de una creencia u objeto, permitiendo proceder o juzgarlo con honradez.

En el ámbito jurídico, la imparcialidad se relaciona estrechamente con la neutralidad y la objetividad en el desempeño de funciones, especialmente en el ámbito jurisdiccional. Por consiguiente, este principio obliga al mediador a ser neutral y objetivo, debiendo actuar sin favoritismos hacia ninguna de las partes involucradas. Este principio debe ser regulado detalladamente en una próxima Ley de mediación penal, incluyendo en el Estatuto del mediador, las causas de recusación y abstención pertinentes. Es esencial que el mediador no tenga ningún interés, ya sea directo o indirecto, en el asunto; que no mantenga relaciones de enemistad o amistad manifiesta con las partes; y que no haya participado en otros procesos de mediación con ellas. Las mismas causas de recusación y abstención aplicables a los órganos jurisdiccionales deben ser extendidas al mediador en el desempeño de sus funciones. Este aspecto necesitará un desarrollo normativo específico, tal como ya se ha propuesto.

A pesar de las diferencias sustanciales, puestas de manifiesto por algunos autores,¹⁹ entre la mediación civil y la penal, la normativa sobre la mediación civil y mercantil puede ofrecer cierta orientación al respecto. Dicha normativa aborda el principio de imparcialidad, estipulando que el mediador debe abstenerse de iniciar o continuar con la mediación si existen circunstancias que comprometan su neutralidad. Es imperativo que, antes de comenzar o proseguir con su labor, el mediador informe sobre cualquier circunstancia que pueda dar lugar a un conflicto de intereses o poner en tela de juicio su imparcialidad.

19 Raquel Castillejo Manzanares, et al., *Comentarios a la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles* (Valencia: Tirant lo Blanc, 2013), 99-106.

Estas situaciones comprenden, aunque no se limitan, a tres supuestos:

- La existencia de relaciones laborales, comerciales o personales con alguno de los intervinientes.
- La existencia de cualquier tipo de interés en el resultado del asunto objeto de mediación.
- El ejercicio previo como representante de cualquiera de las partes en otros procedimientos, procesos o situaciones.

En estas circunstancias, el mediador sólo puede proceder si garantiza que puede actuar con total imparcialidad y si todas las partes involucradas consienten explícitamente y lo registran de manera formal. La obligación de divulgar esta información se mantiene durante toda la mediación. Desde el punto de vista de este autor, en el ámbito penal, de suceder alguno de los escenarios descritos, se debería proceder a la sustitución del mediador.

El principio de imparcialidad está estrechamente relacionado con dos conceptos esenciales en la función jurisdiccional: la independencia y la sujeción al imperio de la Ley. La independencia judicial se caracteriza por la ausencia de cualquier forma de influencia que pueda condicionar la autoridad o su juicio, implicando que jueces y magistrados deben actuar únicamente bajo el imperio de la Ley, libres de presiones internas y externas.

La imparcialidad, por su parte, garantiza que el juzgador no sea parte en el proceso en el que dicta sentencia, asegurando un debido proceso con todas las garantías. Este principio tiene su salvaguarda en la existencia de las causas de recusación y abstención, las cuales en lo referente a los órganos jurisdiccionales están perfectamente reguladas (LOPJ). Por tanto, aunque independencia e imparcialidad, como se ha podido analizar, se evidencian como conceptos diferentes, ambos son esenciales, debiendo articularse lo necesario para que el mediador penal tenga una regulación que asegure su imparcialidad e independencia.

Se debe distinguir pues, entre imparcialidad objetiva y subjetiva. La imparcialidad objetiva evalúa si el mediador ha tenido alguna relación vedada con las partes, mientras que la imparcialidad subjetiva se centra en la ausencia de prejuicios previos sobre el asunto a mediar. Ambos aspectos cruciales, deben ser regulados para afianzar la imparcialidad del mediador y el éxito del mecanismo de justicia restaurativa.

Principio de neutralidad

Este principio de neutralidad es un elemento intrínsecamente vinculado a la mediación. Se define como la característica de quien no participa en favor de ninguna de las posiciones que adoptan las partes. Este principio, junto con el de imparcialidad, forma un tándem lógico esencial en la mediación penal, y su consagración normativa busca proporcionar verdadera seguridad jurídica tanto a la víctima como al victimario respecto a la neutralidad e imparcialidad del mediador penal.

El mediador debe promover la comunicación entre las partes, garantizando que tengan acceso al asesoramiento adecuado en todo momento para acercar sus posiciones, sin ejercer ningún tipo de coerción o imposición. Su papel fundamental como tercero imparcial ajeno al conflicto, consiste en acercar a las partes, favoreciendo el diálogo y permitiendo que las partes sean quienes lleguen a un acuerdo. Es responsabilidad del mediador apoyar y fomentar esta *entente cordiale*, como se dice desde una posición trascendente de las partes.

El principio de neutralidad, como no puede ser de otra forma, ha sido analizado por parte de la doctrina. García,²⁰ analiza la neutralidad de los poderes públicos, que es requerida en las instituciones y para los funcionarios o empleados públicos, así como la neutralidad ideológica dentro de los entes de información públicos. En el área de la mediación penal, la neutralidad del mediador debe ser entendida de manera análoga a la exigida para los

20 Ernesto García Trevijano, *Sinopsis artículo 103 CE*. Congreso de los Diputados. 2013. <https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=103&tipo=2>

funcionarios o empleados públicos. En este contexto, se equipará a la objetividad, un valor fundamental que debe orientar la actuación de los servidores públicos. Las decisiones y comportamientos de estos deben fundamentarse en criterios objetivos y no en factores subjetivos, reflejando así los principios constitucionales regulados en los artículos 14 y 103 de la CE.

Principio de confidencialidad

Es posible afirmar que la confidencialidad, como principio, constituye uno de los pilares básicos para garantizar el éxito de la mediación penal. Este principio sirve como refuerzo o contrapeso a otros principios, como el de voluntariedad, que permite a los implicados desistir y abandonar el proceso de mediación en cualquiera de sus fases.

Asimismo, la confidencialidad, como principio, equilibra el de imparcialidad y neutralidad. En efecto, el mediador no puede implicarse activamente en favor de ninguna de las partes, por ejemplo, si fuese llamado a declarar en un juicio y le preguntasen sobre el proceso de mediación, este principio garantizaría ese equilibrio, toda vez que le estaría prohibido declarar sobre lo que ha tenido conocimiento por su participación en las sesiones de mediación. La confidencialidad garantiza que el mediador no toma partido ni por la víctima ni por el infractor, preservando así su rol esencial de tercero imparcial, tal y como expuso Di Stefano.²¹

Este principio estructural se expande e implica a todos los involucrados en la mediación, protegiendo y eximiéndose de la obligación de declarar o presentar documentos vinculados a la mediación en cualquier procedimiento posterior o simultáneo, ya sea judicial, arbitral o de otra naturaleza. Por lo tanto, las partes no pueden divulgar información derivada del proceso de mediación.

21 Loredana di Stefano, "Mediación conectada con los tribunales: estructuración y principios que regulan su funcionamiento", en *Mediación y resolución de conflictos: Técnicas y ámbitos* (España, Tecnos, 2017), 433.

En definitiva, se puede distinguir una esfera objetiva y otra subjetiva del principio de confidencialidad: la primera se refiere a la información surgida en el proceso y la segunda a los participantes. Este principio cuenta con una regulación jurídica específica, reflejada en el artículo 15 del EVD en referencia a la mediación penal. En cuanto al ámbito civil, como se ha mencionado, dicho principio queda amparado en LACM de 2012, en su artículo 9.1 donde extiende este deber a todas las partes involucradas y a cualquier persona o profesional que participe en el procedimiento de mediación.

Cabe destacar que, independientemente del resultado de la mediación, todo lo relativo a las sesiones, lo sucedido y lo declarado en ellas, no podrá ser utilizado en el acto del plenario salvo autorización expresa de las partes. Este aspecto de la confidencialidad se conecta con el derecho constitucional a un proceso con todas las garantías, a no sufrir indefensión y por supuesto, al derecho a no declarar contra uno mismo, no confesarse culpable y a la presunción de inocencia. (art. 24 CE).

El artículo 15 del EVD, en su apartado segundo, impide desvelar lo sucedido en las sesiones de mediación sin el consentimiento expreso de las partes, recordando que los mismos son confidenciales. La profesora Arrom,²² plantea una cuestión interesante sobre el alcance del principio de confidencialidad. Interrogado sobre si ésta ampara nuevos ilícitos surgidos durante la mediación, la profesora postula que dicha confidencialidad no ampara nuevos hechos presuntamente delictivos cometidos en el seno de la mediación, opinión que comparte este autor. La confidencialidad no protege nuevos delitos cometidos en el seno de la mediación. La interpretación del artículo 15.2 del EVD debe entenderse de manera estricta, protegiendo los hechos que originan la mediación, pero no los nuevos delitos que puedan ocurrir

22 Rosa Arrom Loscos, "Algunas cuestiones que suscita, en materia de protección de víctimas del delito, la vigencia del principio de confidencialidad en la mediación penal", en *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, N.º 130 (2018).

durante las sesiones de mediación, momento en el cual el mediador debe poner fin a las sesiones y dar cuenta únicamente de los hechos delictivos acaecidos.

Es importante recordar que el mediador penal, al desempeñar una función pública, está obligado a denunciar los delitos de los que tenga conocimiento, según se regula en el artículo 544 ter 2 de la LECrim, donde se establece por imperativo el deber de denunciar en línea con el 262 del mismo cuerpo legal.

El mediador debe cuidar por la víctima sobre todo su seguridad y evitar situaciones de victimización secundaria, lo que lleva a concluir que el artículo 15.2 del EVD, no debe ser un obstáculo para que el mediador suspenda las sesiones y notifique al juez si presencia o tiene conocimiento de nuevos delitos cometidos durante la mediación. La excepción a la confidencialidad debe aplicarse únicamente a los nuevos hechos delictivos surgidos durante la mediación, sin afectar las declaraciones y hechos relacionados con el proceso penal en curso. La confidencialidad del mediador debe ser equiparable al secreto profesional de un abogado, pero con la particularidad de que debe prevenir nuevos delitos.

Principio de buena fe

Como se ha mencionado anteriormente, la mediación penal carece de una normativa adecuada. La LACM, en su artículo 10.2, aplicable al ámbito civil, citada anteriormente, enuncia una serie de principios esenciales y generales relacionados con la mediación, a saber, lealtad, buena fe y respeto entre las partes. No obstante, como varios autores han señalado, dicha normativa no proporciona una definición detallada de estos principios, creando una laguna legal que deberá ser solucionada por futuras regulaciones, en línea con lo expuesto por Pereira.²³

23 María del Carmen Pereira Pardo, Vanesa Botana Castro y Beatriz Fernández Muiños, *La mediación paso a paso*.

El principio de buena fe incorpora la lealtad y el respeto mutuo, cualidades intrínsecas en él, las cuales están estrechamente vinculadas con la confianza y la ética jurídica.

Parafraseando a Larenz,²⁴ el principio de confianza integra tanto un aspecto ético jurídico como uno orientado a la seguridad en las transacciones, ambos inseparables. El componente ético-jurídico adquiere relevancia porque la creación de una apariencia jurídica debe ser atribuida a quien se ve desfavorecido por proteger al confiado. Por otro lado, el principio de buena fe, que consagra la necesidad de mantener la confianza legítimamente creada, enfatiza el componente ético-jurídico. La generación de confianza es atribuible a quien la induce. Así, aunque el principio de buena fe y el de confianza son similares, el primero va más allá, exigiendo un respeto mutuo, especialmente en relaciones jurídicas que requieren cooperación continua, respeto en el ejercicio de los derechos y, en general, un comportamiento honesto en las interacciones jurídicas.

La buena fe como principio es esencial para el sistema de garantías en la mediación. Similar al principio de neutralidad, este puede desglosarse en dos componentes: objetivo y subjetivo. El componente objetivo del principio de buena fe hace referencia al deber de información entre las partes, quienes deben actuar con lealtad, veracidad y respetar la confidencialidad. Estos principios son exigibles a las partes y adquieren una importancia especial en el proceso de mediación penal. El componente subjetivo está vinculado con la seguridad jurídica y la apariencia de legitimidad que se exige que impere a lo largo de todo el proceso. De este modo, todas las acciones en el proceso de mediación deben llevarse a cabo de manera legítima y conforme al procedimiento establecido.

24 Karl Larenz, *Derecho justo: fundamentos de ética jurídica* (Civitas, 1985), 1985.

La buena fe es un concepto extenso. Sin embargo, en el marco de este análisis y en el contexto de la mediación penal, puede entenderse como la falta de intención de perjudicar a la otra parte. Este enfoque de la mala fe, interpretado en sentido contrario, es el que mejor describe, a nuestro entender, el principio de buena fe que debe guiar la mediación penal.

Carácter personalísimo

Si bien este principio puede generar discusión en el contexto de la mediación civil, mercantil o familiar, debido a la naturaleza del derecho penal y los intereses en juego, su observancia es esencial en este ámbito.

Una de las ventajas destacadas de la mediación, y en particular de la mediación penal, es la creación de un espacio de diálogo entre la víctima e infractor. Es evidente que, en este tipo de encuentros, las emociones se muestran de manera muy distinta cuando las partes comparten un espacio físico, pudiendo observar directamente las reacciones del otro, tanto en términos de comunicación verbal como no verbal, e incluso percibir el estado emocional de la otra persona. Conducida profesionalmente y de forma segura, por un mediador, esta experiencia puede convertirse en un potente catalizador de emociones, incluso un proceso sanador.

La idiosincrasia de la mediación debe interpretarse como la necesidad de que las partes, habiendo decidido de forma voluntaria participar en este proceso, encuentren un lugar en el que dialogar con una proximidad física adecuada. Esta personalización y el encuentro físico facilitan el diálogo y promueven un entendimiento mutuo y un acercamiento entre ambos sujetos. No obstante, habrá situaciones en las que la proximidad física no sea recomendable, al menos en las primeras sesiones, debiendo el mediador velar por la seguridad de la víctima en todo momento.

Dicho lo anterior, que será excepcional y temporal, el proceso debe contar con la participación directa de las partes, sin intermediación de terceros, salvo la necesaria intervención del mediador. Esto plantea otra interesante disyuntiva. ¿Es posible la mediación penal guiada por Inteligencia Artificial? Aspecto apasionante que se dejará para futuras reflexiones.

Volviendo a lo anterior, entre las medidas posibles, se podría considerar la mediación indirecta, donde el mediador se entrevistaría separadamente con las partes con el objeto de “preparar” el terreno para configurar un espacio seguro de diálogo compartido entre víctima y victimario. Esta forma de mediación indirecta debería ser excepcional y justificada, utilizándose sólo en las primeras sesiones de mediación.

Respecto a la legítima preocupación sobre la presencia del abogado del infractor en las sesiones de mediación penal, cabe recordar que la LECrim permite la presencia del defensor en ciertas diligencias. No obstante, la mediación no es una diligencia judicial y, en consecuencia, quedaría encuadrada extramuros del proceso judicial formal. Sin embargo, si el sistema de mediación puede influir en un acuerdo de conformidad o en la modulación de una posible condena, es evidente que será relevante en el derecho de defensa del agresor. Por ello, siendo un mecanismo instrumental del proceso penal, se considera que los letrados, deberán estar informados en todo momento de lo que acontezca antes, durante y después del procedimiento de mediación, para que pueda asesorar adecuadamente a sus clientes. Así las cosas, una próxima normativa reguladora de la mediación penal en España, deberá configurar el alcance de la asistencia letrada, tanto para la víctima como para el agresor, antes, durante y después de la remisión del asunto a mediación penal.

Principio de oralidad

La oralidad, que prevalece en gran medida en el proceso penal tal y como sostienen con acierto Portilla y Llobell,²⁵ debe igualmente regir en el procedimiento de mediación penal, inicialmente por razones de agilidad procedimental, economía procesal y facilidad de comprensión para las partes involucradas.

Desde una perspectiva teórica y profunda, se considera que el principio de oralidad en la mediación penal tiene un papel educativo fundamental, permitiendo a los mediados desarrollar habilidades didácticas importantes como la empatía y la asertividad. La naturaleza oral del procedimiento facilita la reflexión sobre las complejidades de la comunicación, la dificultad de transmitir ciertas ideas, conceptos o experiencias, y las consecuencias de gestos, tonos de voz inadecuados o formas específicas de expresión. El mediador, como experto, debe gestionar estos momentos tensos, dirigir el debate y asegurar el cumplimiento de los principios discutidos a lo largo de este capítulo.

El principio de oralidad, entendido dentro del contexto de la mediación penal como un instrumento intraprocesal, es plenamente aplicable como garantía formal. La oralidad se considera una manifestación del principio de inmediación, adquiriendo una dimensión constitucional al exigir que los procesos judiciales sean, en puridad, orales, tal como establece el artículo 120.2 de la Constitución Española. Al examinar los principios que sustentan la mediación penal, se percibe que algunos de ellos posibilitan ajustes o adaptaciones a las circunstancias específicas de la mediación. No obstante, en cuanto al principio de oralidad, es fundamental que todas las acciones del mediador, las sesiones y las interacciones con las partes se realicen verbalmente. Esta norma es obligatoria, desde el punto de vista de este autor, salvo para las

25 J. Llobell Muedra, "La modificación de los artículos 520 y 527 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por la Ley Orgánica 14/1983, de 12 de diciembre", en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, N.º 2. (1984): 1110-1116.

comunicaciones dirigidas al órgano judicial y la resolución que concluya la mediación.

Siguiendo la perspectiva de Sánchez,²⁶ en el juicio oral penal, el debate contradictorio oral tiene una dimensión constitucional. En la mediación penal, este principio es aún más crucial. El mediador tiene como misión establecer un espacio de diálogo, este objetivo solo puede lograrse a través del intercambio verbal. Un sistema que no se base en la oralidad convertiría el proceso en un intercambio de escritos defendiendo los intereses de cada parte, lo cual alteraría la naturaleza de la mediación. La mediación debe crear ese diálogo entre las partes involucradas, al objeto de sanar, restaurar y tomar conciencia del daño causado. Por tanto, la necesidad de establecer un diálogo franco entre las partes nos lleva a concluir que un procedimiento de mediación debe quedar configurado bajo el principio de oralidad.

III. Discusión

En el ordenamiento jurídico español la mediación penal ha experimentado una evolución lenta y desigual, caracterizada por una regulación normativa insuficiente que no ha permitido su consolidación como un mecanismo efectivo de justicia restaurativa. A pesar de las reformas legislativas de 2015 que dieron lugar a la promulgación del EVD, la mediación penal sigue en una etapa embrionaria.

Uno de los principales puntos de debate radica en la voluntariedad del proceso de mediación. Aunque la normativa española insiste en que la remisión de un asunto a mediación debe ser voluntaria para ambas partes, existen opiniones divergentes sobre si debería permitirse algún grado de obligatoriedad. Algunos autores sostienen que, dada la tendencia litigiosa de

26 Pilar Sánchez Álvarez, "La mediación: una alternativa al Derecho Penal", en *Revista de teología y pastoral de la caridad*, N.º (2001): 97-98. 325-330. <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/4485>

la cultura española, la mediación obligatoria podría fomentar la adopción de este mecanismo y descongestionar los tribunales. Sin embargo, esta posición se enfrenta a la crítica acerca de que la voluntariedad es intrínseca a la mediación y cualquier forma de obligatoriedad contravendría su naturaleza esencial.

El principio de igualdad también ha sido objeto de discusión. La mediación penal debe velar porque ambas partes tengan las mismas oportunidades y no se produzcan desequilibrios. Otra parte de la doctrina sostiene que el desequilibrio únicamente debe ser contemplado para con la víctima. Esto plantea el reto de asegurar que el mediador mantenga una imparcialidad estricta, sin influencias externas ni conflictos de interés, aspectos que requieren una regulación normativa específica y detallada.

La confidencialidad en la mediación penal es otro punto crucial. Si bien este principio es fundamental para generar un ambiente de confianza y seguridad, su alcance debe ser claramente delimitado. La confidencialidad debe proteger las discusiones y documentos del proceso de mediación, pero no debe amparar, permitir ni ocultar nuevos delitos que puedan surgir durante el mismo. Esta cuestión es vital para evitar la victimización secundaria y asegurar que el mediador cumpla con su deber de denunciar cualquier nuevo ilícito acaecido durante las sesiones de mediación.

La falta de una normativa completa y adecuada sobre la mediación penal ha sido una constante reivindicación tanto en el foro como en la doctrina. Nueve años después de la promulgación del EVD, sigue existiendo una carencia de regulación suficiente que establezca claramente los requisitos para ser mediador penal, el procedimiento a seguir, los efectos de la mediación en el proceso penal y el régimen de responsabilidad del mediador. Este vacío normativo limita y frena la integración de la mediación penal en el sistema español.

IV. Conclusiones

Continuando con la línea de investigación iniciada en 2017 de este autor sobre la mediación penal, y sin pretender agotar el tema, se pone de manifiesto una serie de reflexiones sobre la parálisis que sufre la implantación de la mediación penal en España, reflexiones que en línea con el trabajo que se viene realizando se plantean con el fin de proponer una reforma legislativa que impulse, implante y posteriormente fortalezca la mediación penal.

Para empezar, es menester destacar que en España la mediación penal se encuentra en una etapa embrionaria, casi criogénica, debido a la ausencia de una regulación normativa completa. Las reformas legislativas de 2015 tuvieron una influencia significativa en la mediación penal, pero insuficiente para su impulso. Prueba de lo anterior fue la referencia genérica que introdujo el EVD en lo referente a la mediación penal, que únicamente se tradujo en la modificación del artículo 84.1 del Código Penal.

La mediación penal debe estar presidida por un catálogo de principios vertebradores, incluso fundamentales, que deben ser regulados mediante una herramienta adecuada, referida a los principios de voluntariedad, igualdad de partes, imparcialidad, neutralidad, confidencialidad, buena fe, oralidad y carácter personalísimo. Estableciendo la voluntariedad como un pilar fundamental de la mediación penal.

La imparcialidad del mediador penal es uno de los elementos fundamentales, debiendo igualmente regularse por Ley. Debe prohibir que éste pueda actuar en pro de alguna de las dos partes objeto de la controversia, debiendo mantenerse en una posición trascendente de las partes. Debe dotarse de una obligación/protección de confidencialidad reforzada, mediante la cual no pueda declarar sobre lo sucedido en las sesiones de mediación, con la salvedad de la comisión de nuevos delitos donde este principio de confidencialidad debería tener su límite o excepción. En este sentido, la confidencialidad no

solo debe aplicarse al mediador, sino también, a todas las partes involucradas en el mecanismo.

Al referirse frecuentemente a la obligación del mediador en cuanto a generar un encuentro de diálogo y comprensión entre las partes, se considera que esto solo es posible mediante la participación directa y presente. En consecuencia, la oralidad, presencialidad y la comunicación son esenciales debiendo evitarse la burocratización del procedimiento de mediación.

Evitar la victimización secundaria de las víctimas en el proceso penal y devolverles el protagonismo hurtado por la idiosincrasia del proceso penal español es uno de los grandes retos de la mediación penal. El EVD establece el derecho de las víctimas al acceso a los servicios de justicia restaurativa, incluyendo la mediación. Bajo ciertos requisitos, se debe decir, que no se comparte la postura del legislador en cuanto al veto de la mediación penal en ciertos asuntos, concretamente al veto en procedimientos de violencia de género. Se considera que la víctima debe poder acceder al sistema de mediación penal siempre y cuando esté en condiciones psicológicas para poder asumir el procedimiento, empoderada, en igualdad de condiciones, sin que exista desequilibrio y con herramientas para afrontar la situación.

Para abordar la ausencia y falta de impulso de la mediación y en un futuro consolidar la mediación penal en España, se propone, desarrollar una regulación normativa completa que abarque todas las fases de la mediación penal. A mayor abundamiento, se debe revisar y ampliar el principio de oportunidad para incluir más casos susceptibles de remitirse al mecanismo de la mediación penal. Es necesario facilitar y potenciar el acceso a servicios de justicia restaurativa para todas las víctimas, eliminando restricciones innecesarias, y dotando de formación e información a los operadores jurídicos españoles.

Es del todo imprescindible establecer una normativa clara sobre la responsabilidad del mediador penal y los efectos de la mediación en el proceso penal. También es fundamental desarrollar programas de formación y capacitación para mediadores, asegurando su imparcialidad, neutralidad y competencia. Finalmente, se debe fomentar una cultura de mediación penal a través de campañas de sensibilización y promoción de este mecanismo como un método eficaz de justicia restaurativa.

Estas propuestas, tienen como humilde propósito superar la actual parálisis que la mediación penal sufre en España, mecanismo de justicia que cuenta con enormes bondades, demostradas en otros países donde cuentan con una verdadera cultura de mediación (Estados Unidos, Canadá, Reino Unido, por ejemplo). Con este impulso, se podrá fortalecer y consolidar la mediación penal en España, para garantizar una justicia restaurativa y equitativa. Y quizás con esfuerzo humanizar el sistema penal.

Bibliografía

- » Aguilera, E. “La mediación como “alternativa” al proceso penal de adultos: ¿de la práctica a la ley?”, en *Problemas actuales del proceso iberoamericano*, Vol. 1 (2006): 279-294.
- » Arrom Loscos, Rosa. “Algunas cuestiones que suscita, en materia de protección de víctimas del delito, la vigencia del principio de confidencialidad en la mediación penal”, en *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, N.º 130 (2018).
- » Arrom Loscos, Rosa. *Aproximación a la mediación penal. Líneas rojas, violencia de género y mediación penal ¿un reto de futuro?* España: Civitas, 2019.
- » Barona Vilar, Silvia. *Mediación penal Fundamento, fines y régimen jurídico*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.
- » Castillejo Manzanares, Raquel., Raquel Castillejo Manzanares, Cristina Alonso, Salgado Ana Rodríguez, Álvarez Carmen, Azcárraga Monoznís, María Angeles, Catalina Benavente, Ignacio Colomer Hernández, Rosario Espinosa Calabuig, Carlos Esplugues Mota, María Isabel González Cano, José Luis Iglesias Buigues, Pilar Lasheras Herrero, Cristina Merino Ortiz, María Lourdes Noya Ferreiro, José Pascual Ortuño Muñoz, Guillermo Palao Moreno, María Jesús Sande Mayo, Cristina Torrado Tarrío, Bernardino Varela Gomez y Javier Wilhelm Wainsztein. *Comentarios a la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles* (Valencia: Tirant lo Blanc, 2013), 99-106.
- » Castillejo Manzanares, Raquel. *Nuevos debates en relación con la mediación penal, civil y mercantil*. Universidad de Santiago de Compostela: Ed. Servicio de Publicaciones e Intercambio Científico, 2018.
- » Cuadrado Salinas, Carmen. “La mediación penal: ¿una alternativa real al proceso penal?”, en *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología RECPC*, N.º 17-01 (2015). <https://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/42782-mediacion-alternativa-real-al-proceso-penal>
- » Directrices de la Unión Europea. A/66/811, 25 de junio de 2012. <https://peacemaker.un.org/sites/default/files/document/files/2022/08/guidanceeffectivemediationundpa2012spanish0.pdf>
- » Delors, Jacques. *Los cuatro pilares de la educación. La educación encierra un tesoro*. Madrid: UNESCO, 1996).
- » Di Stefano, Loredana. “Mediación conectada con los tribunales: estructuración y principios que regulan su funcionamiento”, en *Mediación y resolución de conflictos: Técnicas y ámbitos*. España, Tecnos, 2017.
- » Estancona, A.A. *Sentencias clasificadas por materias*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2015.
- » Etxeberria Guridi, José Francisco. “Presente y futuro de la mediación penal en el ordenamiento español ¿cabe más incertidumbre?”, en *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Vol. 5, N.º 1 (2019). DOI: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v5i1.206>
- » García Trevijano, Ernesto. *Sinopsis artículo 103 CE*. Congreso de los Diputados. 2013. <https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=103&tipo=2>
- » Larenz, Karl. *Derecho justo: fundamentos de ética jurídica*. Civitas, 1985.
- » Llobell Muedra, J., “La modificación de los artículos 520 y 527 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por la Ley Orgánica 14/1983, de 12 de diciembre”, en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, N.º 2. (1984): 1110-1116.
- » Luna Álvarez, Eduardo Rafael. “Análisis crítico de la regulación y aplicación de la mediación penal en el ordenamiento jurídico español y propuesta de mejora lege ferenda. Tesis Doctoral. Universidad de las Islas Baleares, 2017. <https://dspace.uib.es/xmlui/handle/11201/159816>
- » Luna Álvarez, Eduardo Rafael. *Análisis crítico de la regulación y aplicación de la mediación penal en el ordenamiento jurídico español*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2023.
- » Ordeñana Gezuraga, Ixusko. *Mediación penal, la alternativa jurisdiccional que funciona*. XVII Congreso de Estudios Vascos, Universidad del País Vasco, 2012. <https://www.eusko-ikaskuntza.eus/PDFAnlt/congresos/17/19371956.pdf>
- » Pereira Pardo, María del Carmen, Vanesa Botana Castro y Beatriz Fernández Muiños. *La mediación paso a paso. De la teoría a la práctica*. Madrid: Dykinson, 2013.
- » Recomendación CM/Rec (2018) del Comité de ministros a los Estados miembros en materia de justicia restaurativa penal, 2018. <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Normativa-y-jurisprudencia/Normativa-europea/Recomendacion-CM-Rec-2018-8-del-Comite-de-Ministros-a-los-Estados-miembros-en-materia-de-justicia-restaurativa-penal>
- » Sánchez Álvarez, Pilar. “La mediación: una alternativa al Derecho Penal”, en *Revista de teología y pastoral de la caridad*, N.º (2001): 97-98. 325-330. <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/4485>
- » Torres Osorio, Edilsa. “La Mediación a la luz de la tutela judicial efectiva”. Tesis Doctoral, Universidad de Salamanca, 2013.
- » Vélez-Rodríguez, Luis Andrés., y Carlos Andrés Guzmán-Díaz. “Víctima del delito y racionalidad legislativa penal. Comentarios al proyecto de ley sobre acusación particular de la víctima de delito en el sistema procesal penal colombiano”, en *Revista InDret Penal* (2015).