

# HACIA UNA REGULACIÓN INTEGRAL DE LA MEDIACIÓN PENAL

## Towards a comprehensive regulation of criminal mediation

Por Estefanía Navarrete Corral

Profesora de Derecho Penal. Universidad Pablo de Olavide  
enavcor@upo.es

Artículo recibido: 01/12/21 | Artículo aceptado: 27/01/22

### RESUMEN

El presente artículo anticipa los principales retos que se plantean respecto de una necesaria y futura regulación integral de desarrollo del procedimiento de mediación penal. La configuración del acceso o eventual derivación a los servicios de mediación penal debe entenderse desde la insuficiente regulación prevista en el art. 15 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito. Misma identidad de razón respecto del desarrollo de las sesiones de mediación penal y la propia delimitación de los principios aplicables que presentan unos caracteres propios diferenciables respecto de lo previsto en materia de mediación civil y mercantil. Lo anterior, además, debe armonizarse con las previsiones normativas que puedan resultar aplicables tanto en materia penal como procesal penal.

### ABSTRACT

This article anticipates the main challenges that may be faced by a necessary and future comprehensive regulation of development of the criminal mediation procedure. The configuration of the access or eventual referral to the criminal mediation services must be understood from the insufficient regulation provided by article 15 of Law 4/2015, of April 27, of the Statute of the victim of the crime. Same identity of reason with respect to the development of the criminal mediation sessions and the delimitation of the applicable principles. The above, in addition, must be harmonized with the regulatory provisions that may be applicable both in criminal and criminal procedural matters.

### PALABRAS CLAVE

Mediación, Penal, Principios, Derivación, Acceso, Procedimiento, Acuerdo, Medial.

**KEYWORDS**

Mediation, Criminal, Principles, Derivation, Procedure, Access, Agreement, Medial.

**Sumario:** 1. Introducción. 2. La insuficiente previsión normativa de los servicios de Justicia Restaurativa. 3. El acceso a los servicios de mediación. Desarrollo de las sesiones de mediación. 5. La derivación a los servicios de justicia restaurativa. 6. Los principios de actuación aplicables en el procedimiento de mediación penal. 7. Conclusiones. 8. Bibliografía.

**1. Introducción**

La mediación puede definirse, siguiendo a BARONA VILAR<sup>1</sup>, como “un procedimiento extrajudicial, en virtud del cual víctima e infractor, voluntariamente, se reconocen capacidad para participar en la resolución de su conflicto penal, que existe, con intervención de un tercero, al que llamamos mediador, reestableciendo la situación previa al delito y el respeto al ordenamiento jurídico, amén de dar satisfacción a la víctima y el reconocimiento de tal actividad por el victimario”. Asimismo, para GONZÁLEZ CANO<sup>2</sup>, se trataría de un “sistema de gestión de conflictos, aquel en el que una parte neutral, con carácter técnico y en posesión de conocimientos adecuados, independiente de los actores institucionales del proceso penal, e imparcial, ayuda a dos o más personas implicadas en un delito o falta, en calidad de víctima e infractor, a comprender el origen del conflicto, sus causas y consecuencias, a confrontar sus puntos de vista ya a elaborar acuerdos sobre el modo de reparación, tanto material como simbólica”.

Por tanto, la solución al conflicto se produce por el acuerdo voluntario e informado de las partes, mediando la intervención no vinculante de un tercero en la conformación de dicho acuerdo.

No obstante, las específicas circunstancias que plantea tanto la producción como la eventual composición del conflicto penal favorecen la delimitación de parámetros propios de la mediación penal y, en cierta medida, diferenciables, en comparación con otros modelos de mediación que se proponen en el ámbito de las relaciones privadas, particularmente en lo que respecta a la mediación en los ámbitos civil y mercantil.

---

<sup>1</sup> BARONA VILAR, S., *Mediación penal: fundamento, fines y régimen jurídico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 257 a 318.

<sup>2</sup> GÓNZALEZ CANO, I., «La mediación penal en España», en *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, 2017, p. 25.

Como refiere SÁNCHEZ GÓMEZ<sup>3</sup>, “en la materia procesal penal que nos ocupa, el conflicto presenta entonces una vertiente intersubjetiva y una vertiente social. La primera de estas hace referencia al conflicto que se plantea entre víctima y victimario, cuya composición tendrá un contenido y unos límites específicos. En el ordenamiento jurídico español, la vertiente intersubjetiva del conflicto encuentra su acomodo en las propias leyes de enjuiciamiento criminal, al disponerse el instituto de la acusación no oficial, es decir, mediante el ejercicio de la acusación particular, ejercitada por la propia víctima o quien legítimamente ocupe tal posición, y la acción popular, en defensa de los intereses generales. De otro lado, la vertiente social del conflicto refiere la existencia de una controversia entre el victimario y la propia Sociedad, interesada en la prevención y represión de los delitos. Ambas vertientes, intersubjetiva y social, han de vincular la composición del conflicto”<sup>4</sup>.

Asimismo, las consecuencias del acuerdo alcanzado entre las partes y su posterior eficacia procesal en el ámbito de la mediación penal distan mucho de la realidad de la ejecución de los acuerdos mediales en la composición del conflicto concreto que se somete al procedimiento de mediación civil o mercantil.

Entre las razones que informan tales argumentos es posible ahora afirmar, la naturaleza de los derechos que se ventilan en un proceso penal, la posición de las partes, principalmente respecto del sostenimiento de las pretensiones acusadoras y los propios efectos procesales que se derivan del acuerdo de mediación en cuanto a la determinación de la eventual pena que pudiera acordarse en la sentencia.

Como se dijo, el pretendido impulso legislativo propuesto respecto de la mediación<sup>5</sup>, tampoco ha conseguido alcanzar las deseadas cotas de implementación de los servicios de mediación en el plano penal. La consideración de la Estadística judicial publicada por el Consejo General del Poder Judicial es un claro ejemplo al respecto.

A tal fin, llama poderosamente la atención cómo las razones expuestas en la Exposición de Motivos del propio Anteproyecto de Ley de Impulso de la Mediación para justificar la falta de éxito en la implementación del procedimiento de mediación en materia civil y mercantil resultan también

---

<sup>3</sup> SÁNCHEZ GÓMEZ, R., «Mediación Penal y Violencia de Género. Un adecuado sistema de resolución de conflictos», en *Construyendo la igualdad. La feminización del Derecho privado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 1153 y ss.

<sup>4</sup> Véase GIMENO SENDRA, V., *Fundamentos de Derecho Procesal (jurisdicción, acción y proceso)*, Civitas, Madrid, 1981, pág. 21.

<sup>5</sup> Al menos respecto del Anteproyecto de Ley de Impulso de la Mediación, mientras que, respecto del Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia, aun estar por ver.

trasladables al ámbito de la mediación penal. Entre estas, destaca la falta de una «cultura» de la mediación en los Estados miembros, conforme el Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo sobre la aplicación de la Directiva 2008/52/CE, de 26 de agosto de 2016.

No obstante, no es posible compartir plenamente tales argumentos, debiendo situar al mismo nivel tanto la referida falta de cultura como la ausencia, precisamente, del suficiente impulso estatal para consolidar unos servicios de mediación, con independencia de su naturaleza, en directa conexión con la propia Administración de Justicia<sup>6</sup>.

Suficiencia en el pretendido impulso que debería acompañarse de un inicial y adecuado respaldo presupuestario, la definitiva incorporación orgánica de los servicios de mediación, si se quiere en el marco de la propia Oficina Judicial o su encaje en las diferentes Leyes de Enjuiciamiento.

En efecto, como se puso de relieve, los servicios de mediación sean de naturaleza pública o privada, no han calado como habría sido deseable en el conjunto de la ciudadanía a la hora de decidir la fórmula más adecuada para la resolución de sus derechos subjetivos, de naturaleza disponible. Tampoco se ha producido, en el concreto supuesto que nos ocupa, una consolidación efectiva de la oferta institucional de composición pública de conflictos efectiva, más allá de los tradicionales contornos del proceso jurisdiccional.

## **2. La insuficiente previsión normativa de los servicios de Justicia Restaurativa**

El art. 15 Ley 4/2015, de 27 de abril, del estatuto de la víctima del delito (en adelante LEVD<sup>7</sup>), regula parcamente cómo deberán articularse los servicios de mediación penal, entendemos que, en el marco de la Administración de Justicia, mediante la creación de las Oficinas de Justicia Restaurativa, del siguiente tenor:

*1. 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:*

---

<sup>6</sup> En similares términos, véase SÁNCHEZ GÓMEZ, R., «Mediación Penal y Violencia de Género. Un adecuado sistema de resolución de conflictos», en *Construyendo la igualdad. La feminización del Derecho privado*, referencia 3, págs. 1153 y ss.

<sup>7</sup> La citada normativa trae causa en la transposición al ordenamiento jurídico español del contenido de la Directiva 2012/29/UE 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 por la que se sustituye la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo.

*a) el infractor haya reconocido los hechos esenciales de los que deriva su responsabilidad;*

*b) 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) el infractor haya prestado su consentimiento;*

*d) 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) no esté prohibida por la ley para el delito cometido.*

2. Los debates desarrollados dentro del procedimiento de mediación serán confidenciales y no podrán ser difundidos sin el consentimiento de ambas partes. 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.

3. La víctima y el infractor podrán revocar su consentimiento para participar en el procedimiento de mediación en cualquier momento.

La insuficiencia del contenido del precepto para poder articular tales servicios de Justicia Restaurativa es notoria.

El ámbito de aplicación del procedimiento de mediación se plantea de manera negativa, por referencia a aquellas materias expresamente prohibidas en el ordenamiento jurídico, como, por ejemplo, lo previsto en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, en la modificación propuesta respecto del art. 87 ter de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial<sup>8</sup>.

Por tanto, es posible afirmar que allí donde no exista expresa prohibición normativa al respecto podrá proponerse someter el conflicto penal al procedimiento de mediación, limitándose la norma a afirmar que su finalidad radica en la obtención de una adecuada reparación material y moral de los perjuicios derivados del delito.

Sin embargo, como sostiene BARONA VILAR<sup>9</sup>, la mediación penal “puede centrarse en la reparación, y por eso se habla de justicia reparadora (entendiendo reparación tanto la moral como la económica, empero también la simbólica), y también se ha extendido a lo que, especialmente en ciertos ámbitos

---

<sup>8</sup> Crítico con la prohibición absoluta se muestra SÁNCHEZ GÓMEZ R., «Mediación Penal y Violencia de Género. Un adecuado sistema de resolución de conflictos», en *Construyendo la igualdad. La feminización del Derecho privado*, referencia 3, pp. 1153 a 1163 y la doctrina científica allí citada.

<sup>9</sup> BARONA VILAR, S., «Mediación y acuerdos reparatorios en la metamorfósica justicia penal del siglo XXI», en *Boletín Mexicano de derecho comparado*, 2020, Vol. 1, núm. 155, pp. 698 y 699.

(políticos y complejos) se ha denominado «justicia reconstructiva»; en esta última, existe un objetivo esencial: alcanzar la paz social”.

La finalidad de la mediación penal trasciende, entonces, el mero conflictivo intersubjetivo en que la propia víctima también es parte.

La limitada finalidad propuesta permite afirmar una posición parcial de partida donde se atiende alguno de los parámetros que puede perseguir la víctima cuando decide, voluntariamente, acudir a un procedimiento de mediación.

En efecto, la reparación puede ser un medio de pacificar el conflicto porque permite aliviar la tensión emocional de la víctima, prevenir la reiteración de hechos violentos similares y lograr, en su caso, el desapasionamiento del agresor hacia su víctima. Y ello porque atiende a dos dimensiones fundamentales: la reparación psicológica y material de la víctima y la responsabilización del autor<sup>10</sup>.

A tal fin, la Guía para la práctica de la mediación intrajudicial del Consejo General del Poder Judicial pone de relieve las ventajas que proporcionaría la conformación de unos servicios (públicos) de mediación en el ámbito penal:

Para la víctima: le hace participar activamente y de forma voluntaria en la resolución del conflicto que le afecta. Le permite ser reparada por los daños y perjuicios tanto morales como materiales sufridos y la recuperación de la tranquilidad personal.

Para el encausado: le facilita la concienciación y el responsabilizarse de las propias acciones y consecuencias, así como la posibilidad de entender el delito y obtener beneficios previstos en el Código Penal.

Para la justicia: le proporciona una nueva concepción, nuevas formas de respuesta penal con sentido educativo, promoviendo actitudes hacia la responsabilización y la reparación.

Para la sociedad: le da a conocer otras formas de reacción de la justicia, acercando la justicia a los ciudadanos; puede facilitar una disminución de la conflictividad social.

---

<sup>10</sup> SAÉZ VALCARCEL, J., «La mediación penal, una metodología judicial para ocuparse de la reparación y de la resocialización», en Boletín del Ministerio de Justicia, 2008, Año 62, núm. 2060, pág. 1763. Asimismo, el propio Consejo General del Poder Judicial propone los siguientes fines respecto de los servicios de mediación: asegurar una efectiva protección a la víctima mediante la reparación o disminución del daño causado por el delito. Si no existe víctima, la reparación podrá tener carácter simbólico ante la comunidad social; responsabilizar al infractor sobre las consecuencias de su infracción; puede atenuar la pena; procurar medios para la normalización de su vida; restablecer la convivencia y el diálogo comunitario; devolver protagonismo a la sociedad civil; conocer las causas reales y las consecuencias del conflicto, buscando la fórmula más idónea para satisfacer las necesidades personales de víctima e infractor.

De otro lado, especialmente significativas resultan la ausencia de una específica regulación que delimite el estatuto básico del mediador, con competencias en materia penal. En tal sentido refiere BARONA VILAR<sup>11</sup>, entre otras cuestiones, “sobre la necesaria configuración del estatuto básico del mediador que opera en el ámbito penal mediante el desarrollo de un estatuto del mediador y su correspondiente actividad de control, a través de la formación de este nuevo sector profesional, que debe capacitarse para el desempeño de esta función en el marco del sistema punitivo; y asimismo, la necesidad de establecer garantías al ejercicio de esta función, a través de registros, asociaciones profesionales, etc”.

Así mismo, resulta necesario delimitar las normas aplicables al procedimiento de mediación penal o la eficacia procesal que dispondrán los acuerdos mediación en sede ejecución<sup>12</sup>.

Como refiere la autora es imprescindible conectar la mediación con el proceso penal, de manera que, además de regular en la ley sobre mediación el acuerdo que se alcance y la posible eficacia jurídica del mismo, debe incorporarse a la LECrim alguna norma que permita:

a) la regulación de la posible suspensión del proceso, sea cual sea la fase en la que se encuentre, con el fin de remitir a la víctima y al victimario al procedimiento de mediación, fijando, en su caso, un plazo máximo de suspensión del mismo, lo que conectará con una posible norma en la ley de mediación que regula la duración máxima del mencionado procedimiento. Todo ello sin perjuicio de posibles prórrogas cuando concurren circunstancias que lo justifiquen.

b) los momentos en que la mediación puede llevarse a cabo pendiente una causa penal. No se trata de que exista una norma que en la LECrim haga referencia a esta posibilidad, dado que se trata esta más bien de una norma que se recoja en la ley de mediación, sino de la regulación específica de la eficacia jurídica procesal de la mediación vinculada a la fase de investigación, a la fase de juicio oral y, en su caso, a la fase de ejecución penal.

c) En la fase de investigación parece que se darán las situaciones más comunes para derivar a mediación, máxime cuando se está en la fase incipiente

---

<sup>11</sup> BARONA VILAR, S., *Mediación penal: fundamento, fines y régimen jurídico*, referencia 9. cit., pp. 148 y 152.

<sup>12</sup> Sobre la aplicabilidad de los arts. 21.5 CP, sobre la atenuante de reparación del daño, o los arts. 80 y 84 sobre la suspensión de la penal mediando la concurrencia de un acuerdo mediación, y su relación a efectos de conformidad puede consultarse BARONA VILAR, S., *Mediación penal: fundamento, fines y régimen jurídico*, referencia 9, pp. 250 Y 251 y SÁNCHEZ GÓMEZ, R., «Mediación Penal y Violencia de Género. Un adecuado sistema de resolución de conflictos», en *Construyendo la igualdad. La feminización del Derecho privado*, referencia 3, pp. 1162 a 1163.

del proceso. Evidentemente no existe duda alguna de que si con la mediación se alcanza un acuerdo que evita la continuación del proceso, esta es la fase más eficiente para la misma.

Por el contrario, todas estas materias se encuentran firmemente positivizadas en la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles ( en adelante LMACM), y su correspondiente desarrollo normativo previsto en el Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles que regula, a grandes rasgos, las relaciones de los profesionales de la mediación y la aplicación de medios electrónicos al procedimiento de mediación.

Por todo lo anterior, sería necesario entonces proponer la tan ansiada normativa de desarrollo del precepto analizado donde se regulen, entre otras, las materias comentadas, más aún, si tenemos en cuenta que las normas que disciplinan la mediación en asuntos civiles y mercantiles expresamente prohíben su aplicación a la mediación que pudiera sucederse en materia penal (art. 2 LMACM), por lo que su inicial aplicación supletoria puede plantear serias dudas al respecto.

### **3. El acceso a los servicios de mediación**

La escueta referencia a cómo debe producirse el acceso a los servicios de Justicia Restaurativa prevista en el citado art. 15 LEVD se centra, en buena lógica, en la posición de la víctima, apostando precisamente por la reparación del conflicto intersubjetivo existente entre víctima y victimario.

Como se dijo, la finalidad de acceso al servicio se residencia en la obtención de una adecuada reparación material y moral de los perjuicios derivados del delito.

Ello abre el debate sobre si es posible introducir pretensiones acusatorias por parte de la víctima o su eventual representación procesal en el marco de las sesiones de mediación penal.

A diferencia de la norma procesal de referencia, Ley de Enjuiciamiento Criminal, que se articula mayoritariamente en torno a la figura del sujeto pasivo del proceso penal, los servicios de Justicia Restaurativa previsto en la LEVD, y la propia norma en su conjunto, se configuran en torno a la víctima.

Ello permite entender las escasas referencias normativas existentes tanto respecto de la intervención del victimario en las sesiones de mediación penal como respecto de los propios efectos procesales que podrían sucederse con un eventual acuerdo medial.

Por tanto, es posible sostener, vistos además los requisitos que informan la conformación inicial del procedimiento de mediación penal, que la intención subyacente en la propuesta normativa de mínimos que plantea el precepto, se

correspondería con una composición no estrictamente jurídica del conflicto penal intersubjetivo existente entre víctima y victimario.

Tales extremos deberán entonces valorarse en el propio proceso jurisdiccional que conozca de la causa, teniendo presente los resultados del acuerdo mediado que pudiera haberse alcanzado, a los efectos, precisamente, de determinar las consecuencias jurídicas que se derivarían del hecho delictivo sometido a enjuiciamiento.

A mayor abundamiento, la indicación de que el acceso a los servicios de justicia restaurativa por parte de las víctimas se regulará en un futuro reglamento, del que siete años después aún no se tienen noticias, permite afianzar los argumentos planteados.

Seguidamente, se plantean dos requisitos de procedibilidad respecto del acceso de la víctima al procedimiento de mediación, vista la finalidad descrita respecto de la obtención de una adecuada reparación material y moral de los perjuicios derivados del delito.

En primer lugar, se reconoce el libre acceso y permanencia de la víctima en el procedimiento de mediación, debiendo prestar su consentimiento al respecto para el acceso, pudiendo revocarlo en cualquier momento del desarrollo de las actuaciones. La libertad de permanencia es absoluta no estando obligada, ni víctima ni infractor, a justificar las razones que fundamentan su negativa a iniciar o proseguir un procedimiento de mediación.

Dicho consentimiento debe prestarse de manera informada, tanto con carácter previo al inicio del procedimiento de mediación, como al inicio de las actuaciones, en la denominada sesión informativa, donde el mediador debe poner de relieve los principios aplicables al procedimiento informando a las partes sobre las condiciones y el modo en que van a desarrollarse las diferentes sesiones y los correspondientes debates.

Asimismo, se requiere que dicha información previa sea exhaustiva e imparcial, refiriendo de una manera innecesariamente anticipada los posibles resultados que pudieran alcanzarse y los procedimientos existentes para hacer efectivo el cumplimiento de un eventual acuerdo mediado.

En segundo lugar, como se puso de manifiesto, se supedita el recurso a la justicia restaurativa a 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.

La competencia para valorar tales riesgos lógicamente se reside en la propia Oficina de Asistencia a las Víctimas, atendidas las resultados de la investigación gubernativa y judicial en curso.

No obstante, la introducción del elemento prospectivo en la denegación de justicia restaurativa, desde la perspectiva tanto de un posible perjuicio material como moral para la víctima, supone introducir un criterio casuístico

más allá de una enumeración exhaustiva de los conflictos penales susceptibles de composición mediante fórmulas autocompositivas.

En dicho enfoque, la delimitación predictiva realizada por tercero respecto de la concurrencia de un posible perjuicio moral puede situarse razonablemente en la esfera intersubjetiva del conflicto penal<sup>13</sup>.

Sin embargo, respecto cómo deberá producirse el acceso del victimario a los servicios de mediación tan solo se recogen dos requisitos de procedibilidad que informarían la apertura del procedimiento de mediación y su eventual continuación.

En primer lugar, el infractor ha de reconocer los hechos esenciales de los que se deriva su responsabilidad, lógicamente, de naturaleza penal pero no circunscrita exclusivamente a dicho ámbito.

Ello podría generar serias disfunciones en sus derechos procesales en los supuestos que el procedimiento de mediación cesase sin éxito, debiendo abrirse el correspondiente proceso penal sin acuerdo medial.

La alegación de una previa asunción de responsabilidad penal por parte del victimario en el procedimiento de mediación o la simple comunicación en sede judicial de que el procedimiento se inició, siendo requisito de procedibilidad dicho previo reconocimiento, puede situar al victimario ante una complicada situación procesal que afecte, entre otros, su derecho a la presunción de inocencia.

En tal sentido, como refiere BARONA VILAR<sup>14</sup>, “la confidencialidad y el secreto a que se someten los sujetos que intervienen en el procedimiento de mediación, plasmado en el inicial del procedimiento de mediación, tras conocer el significado de la misma y sus posibles efectos jurídicos, debería implicar la asunción, con firma de los participantes, de que en modo alguno está aceptando culpabilidad el sujeto posible infractor. Esto sobre todo debe garantizarse para los supuestos en los que no se llega a un acuerdo y se produce la incorporación en el proceso penal de los sujetos que intervinieron en el procedimiento de mediación; no es posible a estos efectos que “lo” afirmado en mediación pueda tener naturaleza inculpativa, lo que se garantiza mediante la imposibilidad de trasvasar el contenido de la mediación al proceso penal. En la ley de mediación debiera por tanto impedirse, en garantía del derecho a la presunción de inocencia, que el documento generado en mediación se incorpore como prueba al proceso penal, so pena de incurrir en responsabilidad. Y debe quedar

---

<sup>13</sup> Sobre el desarrollo de las vertientes intersubjetiva y social presentes en la conformación del conflicto penal puede consultarse SÁNCHEZ GÓMEZ, R., «Mediación Penal y Violencia de Género. Un adecuado sistema de resolución de conflictos», en *Construyendo la igualdad. La feminización del Derecho privado*, referencia 3, pp. 1153 y ss.

<sup>14</sup> BARONA VILAR, S., *Mediación penal: fundamento, fines y régimen jurídico*, referencia 9, p. 248.

asimismo en la ley de mediación garantizada la imposibilidad de que el mediador sea llamado como testigo o perito al proceso”.

En segundo lugar, se interesa que el infractor haya prestado su consentimiento para la celebración del procedimiento de mediación, lo que en conexión con el desarrollo de los principios fundamentales que informan el modelo autocompositivo, permite afirmar la naturaleza libre y voluntaria de sometimiento al procedimiento de mediación, tanto por parte de la víctima como del victimario.

Por último, parece que el acceso informado al procedimiento de mediación solo será predicable respecto de la propia víctima, debiendo hacerse extensible también al victimario pues la propia dinámica de las actuaciones mediales así lo requiere.

El acceso informado del victimario al procedimiento de mediación no debe descansar en su representación letrada, por más que al inicio de las sesiones el mediador deba informar sobre tales aspectos de manera detallada.

#### **4. Desarrollo de las sesiones de mediación**

El apartado segundo del precepto objeto de análisis plantea la articulación del principio de confidencialidad en el desarrollo de los debates que componen el procedimiento de mediación.

De esta forma, la regla general informa la naturaleza confidencial de los debates desarrollados, y por ende, no podrán ser objeto de difusión sin el previo consentimiento de ambas partes.

Así, al inicio del procedimiento, más concretamente en la sesión informativa, el mediador pondrá de manifiesto dicha naturaleza confidencial respecto de los pormenores que se sucedan en el procedimiento de mediación, si bien, resultaría preferible trasladar la confidencialidad y prohibición de difusión respecto del procedimiento de mediación en su conjunto y no solo respecto de los debates que se sucedan.

La naturaleza confidencial del procedimiento de mediación puede ser excepcionada por expresa acuerdo entre las partes, siendo preferible que el mediador documente tales extremos en la correspondiente acta.

Lógica consecuencia de la naturaleza confidencial del procedimiento de mediación resulta en la afirmación de que la actuación de los mediadores y demás profesiones que participen en el procedimiento de mediación estarán sometidas a secreto profesional en relación tanto con los hechos como las manifestaciones de que hubieran tenido conocimiento en el ejercicio de sus funciones.

Esta parca regulación nos obliga a transponer el contenido de algunos preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, principalmente respecto de la

genérica obligación de denunciar y la posibilidad de eximir la declaración como testigo de según que personas o profesionales.

Sin embargo, la aplicabilidad de los diferentes regímenes que plantea la Ley de Enjuiciamiento Criminal dependerá en gran medida de la naturaleza pública o privada de los servicios de mediación penal, cuestión que en materia penal parece resolverse a favor de la configuración de unos servicios públicos, aunque pudieran estar servidos por entidades privadas.

El primer supuesto de hecho que se plantea es asumible pueda concurrir en la praxis forense, es decir, en el desarrollo de los debates el mediador tiene constancia de la posible comisión de nuevos hechos delictivos.

A tal fin, el art. 262 LECrim regula la obligación de denuncia inmediata de aquellos que por razón de sus cargos, profesiones u oficios tuvieren noticia de algún delito público, planteando además la eventual responsabilidad que la falta de cumplimiento de dicha obligación pueda generar en el orden administrativo.

Ahora bien, el art. 263 LECrim excepciona a los Abogados y Procuradores respecto de las instrucciones o explicaciones que recibieren de sus clientes. Tampoco vincula dicha obligación a los eclesiásticos y ministros de cultos disidentes respecto de las noticias que se les hubieren revelado en el ejercicio de las funciones de su ministerio.

No parece que el mediador pueda equipararse con las excepciones comentadas, debiendo resultar de aplicación la regla general que informa la obligación de denunciar los nuevos hechos delictivos de que tuviera conocimiento en el marco del procedimiento de mediación, a pesar de las consecuencias que ello pueda generar para con las actuaciones mediales.

En el segundo supuesto, el art. 416 LECrim establece la excepción de prestar testimonio del abogado defensor respecto a los hechos que éste le hubiese confiado en su calidad de defensor, así como respecto de los traductores e intérpretes de las conversaciones y comunicaciones mantenidas en el marco de la preparación de la defensa y en relación con los hechos a que estuviera referida su traducción o interpretación. Refuerza dicha excepción el art. 417 LECrim cuando dispone que no podrán ser obligados a declarar como testigos:

1.º Los eclesiásticos y ministros de los cultos disidentes, sobre los hechos que les fueren revelados en el ejercicio de las funciones de su ministerio.

2.º Los funcionarios públicos, tanto civiles como militares, de cualquiera clase que sean, cuando no pudieren declarar sin violar el secreto que por razón de sus cargos estuviesen obligados a guardar, o cuando, procediendo en virtud de obediencia debida, no fueren autorizados por su superior jerárquico para prestar declaración que se les pida.

3.º Los incapacitados física o moralmente.

Como puede apreciarse la materia testifical, sin embargo, difiere de lo argumentado en el primero de los supuestos visto el reconocimiento explícito que realiza la norma comentada respecto del reconocimiento del secreto profesional que vincula al mediador en lo que se refiere a los hechos y manifestaciones de que hubiera tenido conocimiento en el ejercicio de su función. En otras palabras, el mediador dispondrá de la debida confidencialidad respecto de las actuaciones mediales y en función del objeto que informa el procedimiento de mediación, hasta ahí su alcance, si bien, sobrevenidos nuevos hechos delictivos de los que se tiene conocimiento en el propio procedimiento de mediación, el mediador no se encuentra entre las excepciones previstas en la norma procesal respecto de la obligación de denunciar, aunque sería preferible que dispusiera de un margen de actuación más flexible al respecto.

Por su parte, el art. 9 LMACM establece los estándares de confidencialidad aplicables a la mediación civil y mercantil desde una óptica quizás más amplia que lo previsto respecto de la mediación penal al establecer la reserva tanto del propio procedimiento de mediación como de la documentación utilizada.

Dicha obligación de confidencialidad se extiende al mediador, que quedará protegido por el secreto profesional, a las instituciones de mediación y a las partes intervinientes de modo que no podrán revelar la información que hubieran podido obtener derivada del procedimiento.

Consecuencia de dicho reconocimiento inicial, los mediadores o las personas que participen en el procedimiento de mediación no están obligados a declarar o aportar documentación en un procedimiento judicial o en un arbitraje sobre la información y documentación derivada de un procedimiento de mediación o relacionada con el mismo.

Dicha regla general, admite las siguientes excepciones:

- a) Cuando las partes de manera expresa y por escrito les dispensen del deber de confidencialidad.
- b) Cuando, mediante resolución judicial motivada, sea solicitada por los jueces del orden jurisdiccional penal.

Por ende, es posible afirmar las diferencias existentes entre el desarrollo del principio de confidencialidad, particularmente en materia testifical, según nos situemos en la órbita de la mediación civil, mercantil o penal.

## **5. La derivación a los servicios de justicia restaurativa**

El procedimiento de mediación en materia civil y mercantil admite la posibilidad de disponer de ámbitos de actuación diferenciados en lógica conexión con la naturaleza de los conflictos y derechos subjetivos que se plantean.

A grandes rasgos, el procedimiento de mediación puede producirse en varias instancias.

Una primera instancia preprocesal, es decir, el procedimiento de mediación se sucede con anterioridad al ejercicio de cualquier acción judicial, si bien, si se traduce en el correspondiente acuerdo medial entre las partes, quedará expedita la posibilidad de solicitar la ejecución de lo previamente acordado. Téngase presente la naturaleza de título ejecutivo que, generalmente, presentan los acuerdos mediales.

Una segunda instancia, que se produce de manera coetánea a la accionabilidad de las pretensiones en sede procesal.

Iniciado el proceso civil, las partes solicitan su suspensión para acudir a un procedimiento de mediación, en cualquier momento de la primera instancia o de los recursos o de la ejecución de sentencia (art. 19.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). La solicitud de suspensión será acordada por el Letrado de la Administración de Justicia mediante decreto siempre que no perjudique al interés general o a tercero y que el plazo de la suspensión no supere los sesenta días (art. 19.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). En tales supuestos, el procedimiento de mediación podrá celebrarse bien de manera extraprocesal, acudiendo a los servicios privados de una entidad de mediación, o bien, solicitando los servicios públicos de mediación, vinculados o no, a la Administración de Justicia, allí donde existan<sup>15</sup>.

Una tercera instancia, que también se produce una vez iniciado el proceso civil que corresponda, donde el procedimiento de mediación se inicia por voluntad de las partes, previa derivación judicial.

Una última instancia, precisamente, en ejecución de lo previamente resuelto, sea por acuerdo medial sea por decisión jurisdiccional.

Dicho esto, resultan notorias las sensibles diferencias que se plantean respecto del procedimiento de mediación en el ámbito penal y su desconexión con la propia Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En efecto, las posibilidades de acudir a tales servicios podrán producirse bien por iniciativa de las partes bien por derivación de los diferentes operadores jurídicos pertenecientes a la Administración de Justicia. Incluso por las propias Fuerzas y Cuerpos de Seguridad con competencias en la materia.

Como refiere el Protocolo de funcionamiento del servicio de mediación intrajudicial de la Dirección de Justicia, Departamento de Justicia y Administración Pública, del Gobierno Vasco, en principio no existe limitación en cuanto al órgano jurisdiccional con posibilidad de derivación, salvo los

---

<sup>15</sup> Por ejemplo, en la provincia de Sevilla, tales servicios públicos de mediación se ofrecen, en determinados supuestos, desde el área de cohesión social de la Diputación de Sevilla.

expresamente prohibidos (asuntos que traen origen en Violencia contra la Mujer), por lo que cabe la remisión desde todos los órganos de la jurisdicción penal, tanto unipersonales –Juzgados de Instrucción (incluidos los Juzgados Mixtos) y Juzgados de lo Penal– como colegiados –Audiencias Provinciales–. Tampoco está limitado a priori el momento procesal en el que pueden derivarse los asuntos a los servicios de mediación, siempre que se estime oportuno conforme a los criterios anteriormente enunciados.

## **6. Los principios de actuación aplicables al procedimiento de mediación penal**

A continuación, se describen los principios específicos del procedimiento de mediación penal desde la lógica perspectiva de su naturaleza voluntaria y confidencial, incorporando unos estándares concretos respecto de la articulación del secreto profesional. El precepto no incorpora algunos de los regulados en la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, limitándose a afirmar la concurrencia de los citados anteriormente.

Como se dijo, la naturaleza voluntaria de participación en el procedimiento de mediación se hace depender, entonces, del consentimiento informado de la víctima. No así respecto del victimario, que meramente podrá prestar su consentimiento al respecto. En ambos supuestos, el consentimiento para participar en el procedimiento de mediación podrá ser revocado en cualquier momento.

No se introducen, sin embargo, los parámetros contractuales del art. 6 LMACM previstos para aquellos supuestos en que exista un pacto por escrito que exprese el compromiso de someter a mediación las controversias surgidas o que puedan surgir, se deberá intentar el procedimiento pactado de buena fe, antes de acudir a la jurisdicción o a otra solución extrajudicial, en consonancia con la naturaleza generalmente pública del conflicto penal.

Respecto de la aplicación del principio de igualdad que debe regir el procedimiento de mediación, en cualesquiera de sus modalidades materiales, es necesario advertir su omisión expresa en el contenido del precepto comentado.

Las particulares circunstancias en que se desarrolla el conflicto penal, han provocado una tendencia a excluir, en según qué supuestos, el recurso al procedimiento de mediación, precisamente sobre la base de que no es posible garantizar la concurrencia del principio de igualdad entre las partes.

No obstante, es preciso advertir que, si la existencia de un conflicto penal puede implicar una posición desigual entre víctima y victimario, ninguna duda cabe que su composición en sede procesal se plantea desde la estricta aplicación

del principio de igualdad en cuanto a las posibilidades de alegación y prueba de las partes<sup>16</sup>.

Misma identidad de razón puede plantearse respecto del procedimiento de mediación. La regulación prevista en el art. 7 LMACM, precisamente, detalla la garantía de intervención de las partes en el procedimiento de mediación con plena igualdad de oportunidades, manteniendo el equilibrio entre sus posiciones y el respeto hacia los puntos de vista por ellas expresados, sin que el mediador pueda actuar en perjuicio o interés de cualquiera de ellas.

La igualdad en el procedimiento mediador también se garantiza en cuanto a las facultades de intervención equilibrada entre las partes y la debida imparcialidad de las personas mediadoras.

El art. 8 LMACM, regula precisamente la neutralidad que debe informar el procedimiento de mediación y, consecuentemente, la actuación de las personas mediadoras, conectándose con los criterios que deben regir su actuación, informada por la debida imparcialidad, establecidos en el art. 13 LMACM.

Respecto del principio de imparcialidad se prevé que el mediador antes de iniciar o de continuar su tarea, y durante todo el procedimiento de mediación, ponga de relieve cualquier circunstancia que pueda afectar a su imparcialidad o bien generar un conflicto de intereses. Tales circunstancias incluirán, en todo caso:

- a) Todo tipo de relación personal, contractual o empresarial con una de las partes.
- b) Cualquier interés directo o indirecto en el resultado de la mediación.
- c) Que el mediador, o un miembro de su empresa u organización, hayan actuado con anterioridad a favor de una o varias de las partes en cualquier circunstancia, con excepción de la mediación.

De esta forma, los subsiguientes principios que sí son objeto de regulación deben ser conectados, entre otros, con el de imparcialidad.

En efecto, como se ha puesto de relieve *ut supra*, la confidencialidad deberá predicarse respecto de los debates que se susciten dentro del procedimiento de mediación, pero también respecto de los hechos y

---

<sup>16</sup> Crítico con tales planteamientos se muestra SÁNCHEZ GÓMEZ, R., «Mediación Penal y Violencia de Género. Un adecuado sistema de resolución de conflictos», en *Construyendo la igualdad. La feminización del Derecho privado*, referencia 3, pp. 1162 y 1163, para quien “el principio de igualdad en el proceso penal se garantiza disponiendo iguales medios de ataque y de defensa para las partes, desde la perspectiva que aporta la defensa de los derechos e intereses legítimos a través del juicio jurisdiccional. Más aún, dicha situación no necesariamente conlleva descartar la institución de la mediación penal, sino que la cuestión de fondo radicaría en fomentar un adecuado equilibrio entre las partes, para que voluntariamente, puedan someter la composición de su controversia a las tareas mediadoras, especialmente informadas por la confidencialidad de su práctica”.

manifestaciones de que hubieran tenido conocimiento las personas mediadoras, que se encuentran amparadas por el secreto profesional (art. 416 y 417 LECrim). Se exceptúa la posibilidad de que las partes presten ambas su consentimiento para poder revelar las informaciones que se suceden en el curso del procedimiento de mediación.

## 7. Conclusiones

Del tenor del texto principal caben destacar las siguientes conclusiones:

1. La falta de desarrollo normativo respecto del procedimiento de mediación previsto en el art. 15 LEVD puede generar una implementación desigual de los servicios y procedimientos aplicables.

2. La escueta finalidad propuesta respecto del acceso a los servicios de mediación debe ampliarse conforme los parámetros descritos.

3. Entre las principales ausencias normativas respecto del procedimiento de mediación penal destacan la ausencia de una específica regulación que delimite el estatuto básico del mediador, con competencias en materia penal, así como las normas aplicables al procedimiento de mediación penal o la eficacia procesal que dispondrán los acuerdos mediación en sede ejecución. Por tanto, vistas las citadas competencias de las Oficinas de Justicia Restaurativa, cómo se produce el acceso a tales servicios, así como el desarrollo de los principios que informan el procedimiento de mediación a seguir, es posible afirmar que tales servicios deberán estar servidos por mediadores públicos o cuya actuación sea retribuida con cargo a fondos públicos. Tales cuestiones, abrirían también el subsiguiente debate acerca de la idoneidad de los profesionales de la mediación en el ámbito penal y la ausencia de una regulación que establezca los parámetros habilitantes y formativos necesarios para el desarrollo de sus funciones profesionales como personas mediadoras, como por ejemplo si ocurre en materia civil y mercantil (art. 11 LMACM y arts. 3 a 7 del Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles).

4. Los principios aplicables al procedimiento de mediación penal presentan una configuración propia y diferenciable respecto de la regulación aplicable en materia de mediación civil y mercantil.

5. Una futura normativa de desarrollo respecto del procedimiento de mediación penal deberá armonizarse con las normas previstas en materia penal y procesal penal.

## 8. Bibliografía.

BARONA VILAR, S., *Mediación penal: fundamento, fines y régimen jurídico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

BARONA VILAR, S., «Mediación y acuerdos reparatorios en la metamorfósica justicia penal del siglo XXI», en *Boletín Mexicano de derecho comparado*, 2020, Vol. 1, núm. 155.

GIMENO SENDRA, V., *Fundamentos de Derecho Procesal (jurisdicción, acción y proceso)*, Civitas, Madrid, 1981.

GÓNZALEZ CANO, I., «La mediación penal en España», en *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, 2017, pág. 25.

SAÉZ VALCARCEL, J., «La mediación penal, una metodología judicial para ocuparse de la reparación y de la resocialización», en *Boletín del Ministerio de Justicia*, 2008, Año 62, núm. 2060.

SÁNCHEZ GÓMEZ, R., «Mediación Penal y Violencia de Género. Un adecuado sistema de resolución de conflictos», en *Construyendo la igualdad. La feminización del Derecho privado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

### Conflicto de intereses

El autor declara no tener ningún conflicto de intereses.

### Financiación

El documento ha sido elaborado sin financiación.