

## LA MEDIACIÓN PENAL EN EL ÁMBITO DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO ¿HA LLEGADO EL MOMENTO PARA RECONSIDERAR SU PROHIBICIÓN TRAS LA APROBACIÓN DEL ESTATUTO DE LA VÍCTIMA?<sup>296</sup>

Coral Arangüena Fanego

Catedrática de Derecho Procesal. Universidad de Valladolid (España) (coral@der.uva.es)

1. Introducción.- 2. Planteamiento general de la mediación penal y principios a que debe ajustarse.- 3. Marco normativo interno y modelo de mediación proyectado.- 4. A modo de conclusión.

### RESUMEN:

Este artículo analiza el nuevo régimen en España de la mediación penal regulada con carácter general en este ámbito por ley 4/2015, del estatuto de la víctima en el proceso penal. Nos preguntamos, además, si ha llegado el momento de revisar la prohibición existente de extenderla al ámbito de la violencia de género, introducida por Ley orgánica 1/2004 de medidas de protección integral frente a la violencia de género.

<sup>296</sup> Trabajo realizado en el marco del Proyecto de investigación del Plan Nacional I+D+I del Ministerio de Economía y Competitividad (DER2012-31549) *El estatuto de la víctima. Propuestas para la incorporación de la normativa de la Unión Europea*. Constituye una versión actualizada del capítulo publicado en 2014 en la obra colectiva *Las medidas preventivas de conflictos jurídicos en contextos económicos inestables* (Abel Lluch, X., coordinador), JM-Bosch editor, págs. 145-162.

### PALABRAS CLAVE:

Mediación; víctima; justicia restaurativa; violencia de género; violencia sobre la mujer.

### ABSTRACT:

The aim of the present paper is to analyse the new regime, in Spain, of penal mediation by Law 4/2015, on the standing of victims in criminal proceedings. We wonder in this work if you've time to review the prohibition to apply in cases of gender violence, introduced by Law 1/2004 of Protection Measures against Gender Violence.

### KEYWORDS:

Mediation; victims of crime; restorative justice; gender violence; violence against women.

## 1. INTRODUCCIÓN.

En el momento en que se redactan estas líneas, sigue abierto el debate jurídico que cuestiona la tajante prohibición de la mediación en violencia de género introducida en el art. 87 ter V de la Ley Orgánica del Poder Judicial por obra del art.44 de la Ley Orgánica 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

Desde un primer momento la redacción del citado precepto suscitó encendidas críticas de un relevante sector doctrinal o, al menos, dudas en cuanto a si realmente la intención del legislador había sido la de excluir del ámbito penal la mediación pues si de una parte no parece muy razonable prohibir lo que ni siquiera está regulado (la mediación penal), de otra hay que advertir que la prohibición está sistemáticamente ubicada a continuación de los párrafos dedicados precisamente a regular aspectos civiles (y no penales) relacionados con la competencia de los Juzgados de Violencia sobre la mujer por lo que se podría considerar que estaría referida precisamente sólo a los aspectos civiles<sup>297</sup>. Lejos de apaciguarse los ánimos de quienes consideraban un error tal planteamiento o dudaban incluso de los ámbitos a que se refería el precepto (sólo civil o también penal) o de las fases del proceso a que afectaba<sup>298</sup>, lo cierto es que cada vez son

<sup>297</sup> Interpretación que niega, sin embargo, buena parte de la doctrina. Así, GÓMEZ COLOMER, J.L., "Visión general sobre la ley de medidas de protección integral contra la violencia de género", en *Tutela procesal contra la violencia de género*, Castellón, 2007, pp.122 y ss.

<sup>298</sup> Y es que al contenerse la prohibición en el artículo dedicado a los Juzgados de Violencia

más las voces que abogan por una revisión de la prohibición<sup>299</sup> y una posible atemperación, de modo que fuera posible cohesionarlo con una futura ley de mediación penal que hiciera factible extender su aplicación a algunos casos relacionados con la violencia doméstica y de género, con la idea de atajar de raíz el conflicto posibilitando el acercamiento y evitando el que se incurra en nuevos episodios de violencia.

En la defensa de esta tesis late una crítica de base que se hace a la regulación de 2004: la de su excesiva rigidez. Rigidez que unida a la opción de ignorar la voluntad de la víctima se esgrime como causa de algunos efectos perniciosos que se han producido, como los problemas que se suscitan ante la imposición en todo caso y sin posibilidad de modulación judicial alguna de la pena de alejamiento, pese al deseo de la víctima de reanudar la convivencia con el agresor. Algo que,

---

sobre la Mujer, también por algunos se entendió que de proyectarse en el ámbito penal se limitaría únicamente a la fase o fases procesales en que despliegan su competencia en este tipo de causas por delito estos Juzgados: la de instrucción y, en su caso, la de preparación del juicio oral; pero no en cambio en la fase de juicio oral reservada a los Juzgados de lo Penal o a las Audiencias. Vid., por ejemplo, CASTILLEJO MANZANARES, R., “Mediación con víctimas especialmente vulnerables. Violencia de género”, en DE HOYOS SANCHO, M. *Garantías y derechos de las víctimas especialmente vulnerables en el marco jurídico de la Unión Europea*, Valencia, 2013, p.492 y 493. En contra, CUCARELLA GALIANA, L., “La víctima de violencia de género ante el sistema judicial”, en CASTILLEJO MANZANARES, R. (dir) y ALONSO SALGADO, C. (coord.), *Violencia de género y Justicia*, Santiago de Compostela, 2013, pp.442 y 444.

299 Así, BARONA VILAR, S., “Mediación Penal como pieza del sistema de tutela penal en el siglo XXI. Un paso más hacia la resocialización y la justicia restaurativa”, en *Revista de Derecho Penal*, nº 26, enero 2009, 11-53 y, de la misma autora, *Mediación penal. Fundamento, fines y régimen jurídico*, Valencia, 2011; CASTILLEJO MANZANARES, R., “La mediación en el proceso de menores”, en *Revista de Derecho Penal*, nº 32, enero 2011, 9-28; DURBÁN SICILIA, L., “Mediación, Oportunidad y Otras propuestas para optimizar la instrucción penal”, *La Ley Penal* núm.73, julio 2010; ESQUINAS VALVERDE, P. *Mediación entre víctima y agresor en la violencia de género*, Valencia, 2008; FERNÁNDEZ NIETO, J. y SOLÉ RAMÓN, A.M., *El impacto de la mediación en los casos de violencia de género*, Valladolid, 2011; GONZÁLEZ CANO, I., “La mediación penal en España”, en BARONA VILAR, S., (dir.), *La mediación penal para adultos*, Valencia, 2009; MANZANARES SAMANIEGO, J.L., *Mediación, reparación y conciliación en el Derecho Penal*, Granada, Comares, 2007 y, del mismo autor, “La mediación, la reparación y la conciliación en el derecho penal español”, en *Diario La Ley*, núms. 7232, de 2 de septiembre de 2009 y núm.7255, de 5 de octubre de 2009; MARTÍNEZ GARCÍA, E., “Mediación penal en los procesos por violencia de género”, en *Revista de Derecho Penal*, nº 33, mayo 2011; PÉREZ GINÉS, C.A., “La mediación en el ámbito de la violencia de género (o las órdenes de protección de difícil cumplimiento)”, *La Ley penal* núm.71, Mayo 2010.

como es bien sabido, aún refrendado por el Tribunal Constitucional y, también, por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea<sup>300</sup> no ataja disfunciones derivadas, como la eventual condena de la víctima por complicidad o incluso inducción al delito de quebrantamiento de condena<sup>301</sup>.

A favor de la admisión de la mediación, circunscrita a determinadas modalidades de violencia de género (los supuestos menos graves y, especialmente, primeros episodios del fenómeno donde no se aprecie en la víctima una especial vulnerabilidad), se aduce, en primer lugar, el elevado grado de reincidencia existente en este tipo de delincuencia, como ha evidenciado la práctica, haciendo patente la insuficiencia de la respuesta que hoy se aplica para hacer frente a este fenómeno, por la razón de que el verdadero conflicto no se ha solucionado por y en el proceso penal. En este tipo de delitos existe un elemento diferenciador que no concurre en ningún otro tipo penal; a saber, la relación de *afectividad*. El altísimo grado de cumplimiento de los acuerdos de mediación alcanzados en sede penal tras su correspondiente introducción y validación en el proceso apunta a que también para determinados supuestos de esta particular modalidad delictiva, la mediación puede solucionar de mejor manera aquello a lo que el proceso penal en su forma tradicional no llega.

En segundo lugar y ya en el terreno práctico, se mencionan en pro de su regulación las experiencias piloto llevadas a cabo con éxito por diversos Juzgados y Tribunales españoles de cuyos resultados debieran extraerse nuevas soluciones<sup>302</sup>. En este terreno conviene reflexionar además sobre el problema del significativo número de casos en los que la víctima se retracta o pide que se anulen los cargos contra el agresor, en ocasiones sobre la base de un acuerdo para volver

---

300 Que en su sentencia de 15.09.2011 (asuntos acumulados C-483/09 y C-1/10) ha avalado y justificado la solución de la legislación española.

301 Véase sobre esta problemática, FARALDO CABANA, P., “El quebrantamiento de la prohibición de aproximación impuesta como medida cautelar y como pena accesoria por delitos relacionados con la violencia de género: razones para un tratamiento distinto”, en CASTILLEJO MANZANARES, R. (dir) y ALONSO SALGADO, C. (coord.), *Violencia de género...*, op.cit., pp.509-548.

302 En la actualidad alrededor de 200 Juzgados y tribunales españoles hacen mediación penal, a partir de las iniciales experiencias piloto fomentadas desde el CGPJ. Véase la página web [www.poderjudicial.es](http://www.poderjudicial.es) en cuya pestaña *Temas/Mediación* está disponible una amplia e interesante información sobre el tema (entre la que se encuentra el elenco de órganos jurisdiccionales que realizan mediación penal).

juntos o reanudar la vida en común. Parece que en estos casos será mejor la intervención como “mediadora” de una persona que contribuya a que la solución extrajudicial consista en un acuerdo equitativo y no en el simple y llano *perdón* privado otorgado por la mujer agredida a su pareja que procesalmente repercute en la pretensión de “retirar la denuncia” y, en todo caso, en desdecirse de los hechos inicialmente relatados o directamente no comparecer en el juicio oral.

Finalmente y en el plano legislativo, se recuerda la experiencia comparada de países de nuestro entorno donde se admite y viene funcionando con éxito. Pero también en este plano legislativo se alude a la existencia de normas supranacionales que con carácter general mandan la regulación de la mediación en el ámbito penal. Es el caso, de una parte y en el marco del Consejo de Europa, de la Recomendación núm. R (99)19, del Comité de Ministros, relativa a la mediación en materia penal, que establece unos principios que deben tener en cuenta los Estados miembros al desarrollarla<sup>303</sup>. Y de otra y en un ámbito *regional*, como el de la Unión Europea, la Directiva 2012/29/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos<sup>304</sup> que sustituyó a su antecesora, la Decisión Marco 2001/220/JAI por la que se aprobó el Estatuto de la víctima en el proceso penal y que ya entonces reclamaba de los Estados miembros impulsar la regulación de la mediación<sup>305</sup>. La Directiva de 2012, partiendo por ello de la base

de que los Estados miembros tienen introducida en sus sistemas esta modalidad de justicia reparadora, establece algunas disposiciones dirigidas a garantizar su función de satisfacer los intereses y necesidades de la víctima, reparar el perjuicio que se le haya causado e impedir que se le siga causando en el futuro. Concretamente su art. 12 asegura que cuando se presten *servicios de justicia reparadora*, existan salvaguardias que garanticen que sólo serán utilizadas si redundan en beneficio de la víctima, la protegen de la victimización secundaria y se prestan en todo caso mediante su participación voluntaria lo que exige que disponga de un conocimiento suficiente de los riesgos y beneficios para poder realizar una elección informada. Esto significa que, a la hora de remitir un asunto o de llevar a cabo un procedimiento de mediación y/o de justicia restaurativa, se deben tomar en consideración factores tales como los desequilibrios de poder y la edad, madurez o capacidad intelectual de la víctima, que podrían limitar o reducir su capacidad para realizar una elección con conocimiento de causa o podrían ocasionar un perjuicio para la víctima. Para hacer frente a esta situación el art. 22 se ocupa de identificar a las víctimas especialmente vulnerables a la victimización secundaria distinguiendo entre las que *per se* lo son (los menores de edad) y las que por el tipo, naturaleza o circunstancias del delito o las características personales de la víctima, pueden serlo citándose a modo de ejemplo algunas categorías entre las que, precisamente, se encuentran las víctimas de violencia de género. No se cita, pues, la violencia de género como categoría que en sí misma provoque o genere la cualidad de especial vulnerabilidad a su víctima. En consecuencia habrá que determinar en el supuesto concreto si posee o no tal condición en atención a su situación, circunstancias del caso, etc. según prevé el apartado primero de este precepto cuando dice “Los Estados miembros velarán por que las víctimas reciban una evaluación puntual e individual, con arreglo a los procedimientos nacionales, para determinar las necesidades especiales de protección y si, y en qué medida, podrían beneficiarse de medidas especiales en el curso del proceso

303 Sobre el marco legislativo supranacional, permítaseme remitir a ARANGÜENA FANEGO, C., “Sistemas alternativos de resolución de conflictos en el ámbito penal”, en CABRERA MERCADO, R. (coord.) *Análisis de medidas para mejorar la protección policial y judicial de las víctimas de violencia de género*, Ministerio de Sanidad, Política social e Igualdad, Madrid, 2011, pp.135-168.

304 Publicada en el DOUE L 315, de 14.11.2012, fue una de las primeras actuaciones realizada en el marco del ambicioso Plan de trabajo para reforzar los derechos y la protección de las víctimas, en particular en los procesos penales (Resolución del Consejo 2011/C 187/01, publicada en el DOUE C 187 de 28.06.2011). Sobre ella vid. por todos, DE HOYOS SANCHO, M. “Reflexiones sobre la Directiva 2012/29/UE, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y su transposición al ordenamiento español”, *Revista General de Derecho Procesal*, n°34 (2014).

305 Bien es cierto que aunque reclama su regulación no impide su limitación a determinados tipos de infracciones penales y/o la exclusión de algunos delitos de su ámbito de actuación. Y así lo ha expresado con claridad el Tribunal de Justicia al resolver dos cuestiones prejudiciales planteadas precisamente por un Tribunal español -la Audiencia Provincial

de Tarragona-. Se trata de los asuntos acumulados C-483/09 y C-1/10 resueltos por el Tribunal de Justicia en sentencia de fecha 15 de septiembre de 2011 que, en lo que aquí interesa y respecto a la pregunta de si el art.10 de la vieja Decisión marco 2001/220/JAI («Los Estados miembros procurarán impulsar la mediación en las causas penales para las infracciones que a su juicio se presten a este tipo de medida.») debe interpretarse en el sentido de que obliga a los Estados miembros a prever la posibilidad de mediación también en el caso de los delitos cometidos en el ámbito familiar, respondió en sentido negativo.

penal (...) por el hecho de que sean particularmente vulnerables a la victimización secundaria o reiterada, a la intimidación o a las represalias”.

Pues bien, con determinadas cautelas y limitaciones y a la vista de la regulación supranacional indicada, de las experiencias de otros países de nuestro entorno así como de las experiencias piloto llevadas a cabo en numerosos Juzgados y Tribunales españoles con éxito, sin olvidar los buenos frutos cosechados en el ámbito del derecho penal de menores desde la aprobación de la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de menores<sup>306</sup>, puede haber llegado el momento de revisar con las debidas precauciones el inicial criterio de la ley y admitir la mediación como instrumento idóneo para contribuir a la solución de algunos conflictos relacionados con la violencia de género; singularmente para aquellos que se encuentren en un estadio inicial, se trate de un episodio ocasional o esporádico y de mínima gravedad aunque por razones diversas hayan sido elevados a la condición de delito, no se aprecie en la víctima una especial vulnerabilidad y exista además una voluntad de ambas partes y una perspectiva razonable de continuar la relación de pareja.

Sólo se propone para estos casos y no, desde luego, para aquellos otros –la mayoría- en que se cumplen con claridad todos y cada uno de los elementos caracterizadores de la violencia de género y, especialmente el de la prevalencia del varón sobre la mujer puesto que una de las objeciones que se esgrimen para no admitir la solución mediadora es, precisamente, la falta de igualdad entre las partes, la carencia de autonomía, paridad y objetividad entre oponentes cuando de un delito de violencia de género se trata<sup>307</sup>.

306 Sobre este punto véanse, especialmente los arts. 19, 27.3 y 51.2 de la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, y 5., 15.1 y 60.5 de su Reglamento de desarrollo – Real Decreto 1774/2004-. Al respecto puede consultarse CASTILLEJO MANZANARES, R., “La mediación en el proceso de menores...”, op.cit.

307 Así MARTÍN DIZ, F., “La mediación: marco general para su implantación como sistema complementario de administración de Justicia”, DEL POZO PÉREZ, M., “¿Es adecuada la prohibición de mediación del art.44.5 de la Ley Orgánica 1/2004?” y DELGADO ÁLVAREZ, C-SÁNCHEZ PRADA, A., “La inviabilidad de la mediación en violencia de género: claves psicológicas”, todos ellos en MARTÍN DIZ, F. (coord.), *La mediación en materia de familia y derecho Penal. Estudios y análisis*, Santiago de Compostela, 2011. La propia Ley Orgánica 1/2004, en su artículo 1, subraya que la violencia de género es “manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres...” y que “comprende todo acto de violencia física y psicológica...”. De

La combinación entre la gravedad del hecho, de acuerdo con su penalidad y su naturaleza constituye un buen punto de partida para decidir sobre la desviación hacia una solución extrajudicial. A ello se añadiría específicamente la necesidad de que se trate de un episodio esporádico y aislado, en su caso primero o único de agresión, en el que el ataque físico o psicológico por parte del varón no se integre en una larga espiral de violencia. Y que no se aprecie en la víctima una situación de dependencia emocional o de grave y continuada tensión con el victimario pues entonces sus propias decisiones soportarán una presión poco compatible con el proceso mediador y el logro de acuerdos válidos.

Discernir entre situaciones de violencia, graduar entre ellas y que las partes se corresponsabilicen en la transformación de la convivencia y en los roles desiguales, puede ser una oportunidad de solucionar el conflicto. Esto pasaba, naturalmente, por la existencia de una regulación de la mediación en materia penal de carácter general, lo que se ha venido posponiendo en el tiempo y sólo ha sido abordado por el legislador en fecha reciente<sup>308</sup> aunque –según veremos- de una manera insuficiente o incompleta para responder a las exigencias antedichas.

Esta era, sin duda, la primera de las condiciones a exigir (su regulación expresa) para eliminar una de las críticas que se venían haciendo frente a su uso en proyectos piloto desarrollados en distintos Juzgados y Tribunales españoles. Sólo la existencia de regulación legal la convierte en un mecanismo factible, y sobre todo, conocido por el ciudadano. Este último factor no debe pasar desapercibido; el éxito o fracaso de muchas instituciones jurídicas, y desde este punto de vista la mediación lo es, depende en gran medida de la divulgación y accesibilidad a las mismas. La mediación en el ámbito penal y excepción hecha del procedimiento de menores, carecía - hasta 2015- de regulación y de ahí que para el ciudadano lego, no sólo fuera algo que no existía sino, directamente, una posibilidad jurídica insospechada.

ahí que esta desigualdad única y exclusivamente pueda ser corregida mediante la tutela judicial.

308 Primero, de manera indirecta, con la Ley Orgánica 1/2015, de 31 de marzo, de reforma del Código Penal que la introduce en el art.84 como una de las condiciones para acordar la suspensión de la ejecución de la pena. Poco después, y de manera directa, con la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del delito.

## 2. PLANTEAMIENTO GENERAL DE LA MEDIACIÓN PENAL Y PRINCIPIOS A QUE DEBE AJUSTARSE.

Con carácter general la mediación, como instrumento de la justicia restaurativa<sup>309</sup>, puede definirse como un procedimiento en el que un tercero neutral con carácter técnico y en posesión de conocimientos adecuados, independiente de los actores institucionales del proceso, intenta, a través de la organización de intercambios entre las partes, que éstas acuerden una solución al conflicto que les enfrenta<sup>310</sup>. De ahí su carácter autocompositivo<sup>311</sup>.

Trasladada al ámbito penal, la mediación se realiza entre la víctima y el autor de la infracción, se produce fuera del proceso penal aunque se vincula desde luego a éste, y tiene como finalidad principal, pero no única, que ese autor repare el mal causado para satisfacción de la víctima. Así, señala BARONA, la mediación se presenta como un *procedimiento* extrajurisdiccional en virtud del cual víctima e infractor, voluntariamente, se reconocen capacidad para participar en la resolución de “su” conflicto penal, con intervención del mediador, restableciendo 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. Se le otorga a la mediación el papel de ser instrumento de gestión del conflicto, gestión que se lleva a cabo mediante el diálogo entre los sujetos implicados, víctima y victimario, y desde la idea de alcanzar la posible reconstrucción de la paz social quebrada por el hecho delictivo, lo que permite la minimización de la violencia

309 Sobre este punto remitimos *in extenso* a MANZANARES SAMANIEGO, J.L., *Mediación, reparación y conciliación en el Derecho Penal*, Granada, 2007.

310 Así CASTILLEJO MANZANARES, R., “La mediación...”, op.cit., p.11. Asimismo, GONZÁLEZ CANO, I., “La mediación penal en España”, op.cit., p.25.

311 En terminología acuñada por Cernelutti y difundida extensamente gracias a la magistral obra de ALCALÁ-ZAMORA *Proceso, autocomposición y autodefensa. Contribución al estudio de los fines del proceso*, México, 1947. Autocompositivo en cuanto son las partes las que han de llegar al acuerdo, interviniendo la persona mediadora a los solos efectos de equilibrar la capacidad negociadora de ambas partes y favorecer la negociación para la consecución de acuerdos. A través de la mediación no se impone la solución por terceros como en el proceso judicial o en el arbitral, mecanismos heterocompositivos de solución de conflictos, sino que la solución es negociada, asumida y acordada por las propias partes, sin que el tercero, persona mediadora, tenga poder de decisión o imposición sobre las soluciones y acuerdos alcanzados por las propias partes.

estatal, devolviendo, en consecuencia, cierto protagonismo a la sociedad civil<sup>312</sup>.

Se consigue de una parte, y merced al proceso de redescubrimiento de la víctima a la que se dota de visibilidad, su satisfacción a través de la reparación y del protagonismo que se confiere a su voluntad; pero también la confrontación del sujeto infractor con su conducta y las consecuencias que de ella se derivan, responsabilizándose de sus propias acciones. Al crecimiento personal del infractor, en cuanto asume la responsabilidad de sus actos, se añade el que experimenta la víctima derivada de la atenuación de la denominada victimización secundaria; todo ello mediante un proceso de comunicación entre las partes, que se materializa en un acuerdo consistente en un dar y recibir con mutuas concesiones<sup>313</sup>.

El proceso penal español hasta las últimas reformas llevadas a cabo en 2015 no proporcionaba suficiente atención a la víctima. Excepción hecha de los casos en que se personara en la causa como acusación particular (supuesto en que se le reconocen las más amplias posibilidades de actuación en el proceso como parte plena), lo cierto es que su papel en otro caso aparecía desdibujado. Al punto de que se afirmara<sup>314</sup> que el proceso no sólo no ofrecía cauces para la

312 Y sin desdeñar la posibilidad que esta opción entraña de revertir de manera altamente positiva en la sociedad a través del incremento de confianza en la administración de justicia penal (BARONA VILAR, S., “Mediación penal como pieza del sistema...”, op.cit., p.21 y, asimismo, “Mediación penal como instrumento restaurativo de las víctimas: ¿en todo caso y para todas las víctimas?” en DEHOYOS SANCHOM., *Garantías y derechos...*, op.cit. p.456).

313 CASTILLEJO MANZANARES, R., *Ibidem* quien señala, en concreto, tres objetivos diversos con relación a cada uno de los intervinientes. Así, con relación al victimario se persigue: su responsabilización por la conducta infractora, la reparación a través de la aplicación de la pena correspondiente, así como de medidas alternativas que sirvan para dar solución a su conducta infractora y, finalmente, una aptitud más positiva hacia el sistema represivo que significa el sistema penal. Para la víctima: la reparación o resarcimiento del daño; la recuperación del sentimiento de seguridad; y la resolución de problemas asociados a la victimización secundaria derivados de la reiterada llamada al proceso del ofendido en calidad de testigo. Vid., asimismo, FERREIRO BAHAMONDE, X., *La víctima en el proceso penal*, Madrid, 2005, pp.455-508, quien destaca su carácter de fórmula participativa que cumple una función terapéutica, pacificadora y lleva a un primer plazo el interés de la víctima.

314 RÍOS MARTÍN, J.C., “Justicia restaurativa y mediación penal. Una apuesta por el diálogo y la disminución de la violencia”, p. 7, disponible en [www.poderjudicial.es](http://www.poderjudicial.es); MARTÍN RÍOS, M.P., *Víctima y justicia penal*, Barcelona, 2012, pp.459 y ss. También TAMARIT SU-

expresión y satisfacción de las necesidades de la víctima sino que, además, frecuentemente entrañaba una experiencia dolorosa para ella. La víctima venía a ser una especie de perdedor por partida doble; en primer lugar frente al infractor y, después, frente al Estado. Quedaba excluida de la gestión dialogada de su propio conflicto, salvo la que le permitía el proceso penal: limitada, estigmatizante y escasamente reparadora. Buena muestra de ello era (y todavía es) por ejemplo, lo que sucede con la *conformidad*, institución que en principio puede servir simbólicamente para materializar el acuerdo entre las partes y, ofrecer así, una participación más eficaz a la víctima en la consecución de su pretensión punitiva y resarcitoria; pero, con mucha frecuencia, sin haberla escuchado previamente<sup>315</sup>. Es muy gráfica, a este respecto, la descripción que de modo magistral ofrece RÍOS MARTÍN<sup>316</sup> cuando afirma que se deja fuera a la víctima, que ni entra en la sala de vistas ni, en general, se le informa, salvo que su representación sea sostenida por un abogado que ejerza la acusación particular; de lo contrario, el Fiscal que sostiene el interés público y, en cierta manera el de la víctima, no mantiene ningún tipo de comunicación con ésta. En no pocas ocasiones, a una larga espera en los pasillos del Juzgado, en cuyas sedes no existen habitáculos dedicados expresamente a las estancias de las víctimas a fin de que no se encuentren con los presuntos agresores enfrente o sentados a su lado, se une la información dada por el agente judicial en los siguientes términos: “se puede marchar porque las partes se han conformado”. No requiere explicación, por obvia, la sensación de olvido y el sentimiento de impotencia o rabia que, por lo general, se genera en los ciudadanos. No sólo han sufrido el delito, sino que soportan estas disfunciones del proceso, sin satisfacción alguna de su interés, salvo la reparación material,

MALLA quien criticaba especialmente la creencia autocomplaciente de que las víctimas siempre han estado bien tratadas en el sistema procesal penal español (“Los derechos de las víctimas”, en Tamarit Sumalla, J.M., coord., *El Estatuto de las víctimas de delitos*, Valencia, 2015, pp.7 y ss.)

315 En las Actas del Seminario de especialistas “La violencia sobre las mujeres: la mediación, una solución”, se tilda a la conformidad de cambalache procesal, y se advierte que es un instrumento que pese a tener menos ventajas que la mediación porque no tiene en cuenta para nada a la víctima y acaso los mismos peligros, no por ello se prohíbe [“Actas del Seminario de especialistas La violencia sobre las mujeres: la mediación, una solución”, en CASTILLEJO MANZANARES, R. (dir) y ALONSO SALGADO, C. (coord.), *Violencia de género y justicia*, op.cit. p.809].

316 RÍOS MARTÍN, J.C., “Justicia restaurativa...”, op.cit., pp.8 y 9

siempre que exista sentencia condenatoria y la persona acusada sea solvente económicamente, dos presupuestos que, obviamente, no concurren con excesiva frecuencia.

Es cierto que en los últimos años se habían corregido algunas de estas disfunciones con medidas de diverso tipo. Desde reformas legislativas dirigidas a que la víctima fuera informada puntualmente del desarrollo del proceso y de las resoluciones que en él recayeran y pudieran afectarle, a Instrucciones de la Fiscalía General del Estado dirigidas a procurarle la debida atención e información<sup>317</sup>.

La mediación, ahora ya expresamente prevista con carácter general en el ámbito penal, constituye un instrumento más para que la víctima adquiera mayor visibilidad y, en definitiva, el papel protagonista que le corresponde, además de herramienta de clara utilidad para el logro de la reparación. No sustituye al proceso, sino que se convierte en una pieza más del sistema de justicia penal<sup>318</sup>.

El punto de partida es la consideración de la víctima como una persona capaz de comprender (que no justificar), el hecho delictivo mediante la escucha de las motivaciones del infractor en un contexto de calma emocional, y la estimación del victimario como un individuo susceptible de mejora y responsabilidad. Y, desde ahí, se trata de abogar por un sistema de justicia penal más humano en cuanto sirve como instrumento dentro del proceso para obtener una solución pacífica al conflicto penal, atendiendo tanto a las necesidades de la víctima como a la reinserción del victimario, sin que la seguridad jurídica y los fines de prevención general del Derecho Penal se resientan.

Como tal, es considerada actualmente como la forma más innovadora de abordar los problemas ligados a cierto tipo de criminalidad, inserta dentro de lo que se ha venido a llamar la «justicia *restaurativa*» que persigue proporcionar un tratamiento integral del conflicto, planteándose como instrumento auxiliar de la justicia con una metodología adaptada a dar una mejor y más apta respuesta a determinados litigios. Que entre estos puedan incluirse los limitados supues-

317 V.gr. Instrucción 8/2005, 26 de julio de 2005, sobre el deber de información en la Tutela y Protección de las Víctimas en el Proceso Penal.

318 BARONA VILAR, S., “Integración de la mediación en la justicia penal. Supuestos especiales”, en PARDO IRANZO, V., *La mediación: algunas cuestiones de actualidad*, Valencia, 2015, p.264.

tos a que antes nos hemos referido relacionados con la violencia doméstica y de género es hoy por hoy una propuesta<sup>319</sup> con la que se pretende intentar atajar las raíces del conflicto, evitar nuevos incumplimientos del maltratador y, singularmente, resarcir a la víctima al tiempo que se le confiere una situación de protagonismo principal.

A estas ventajas sin duda pueden sumarse otras de muy diversa índole. En términos de eficacia procesal, escuchar a las partes en su conflicto y facilitar una posible solución de forma reglada y supervisada, puede resultar a la postre bastante más barato para el Estado que aplicar, siempre y en todo caso o, dicho de otro modo, de manera completa, el sistema punitivo estatal<sup>320</sup>. Las experiencias realizadas en los distintos Juzgados y Tribunales españoles, revelan que en el caso de llegarse a un acuerdo, el trámite procesal se aligera al introducirse y validarse aquél bajo la cobertura de una conformidad *sui generis* con el valor añadido del altísimo grado de cumplimiento de los acuerdos ya señalado.

Sin perjuicio del desarrollo completo que lleve a cabo el legislador, los primeros pasos ya se han dado y se han dirigido a procurarle la mínima e imprescindible cobertura legal desde el novedoso Estatuto de la Víctima aprobado por Ley 4/2015, de 27 de abril<sup>321</sup>.

### 3. MARCO NORMATIVO INTERNO Y MODELO DE MEDIACIÓN PROYECTADO.

La mediación, según hemos adelantado, se prevé en la Recomendación (99) 19, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, como un derecho de la víctima que ha de ser regulado por los Estados parte con observancia de una

serie de principios básicos (voluntariedad, confidencialidad, gratuidad). También la Directiva 2012/29/UE incide en esta misma idea poniendo el centro de atención en el interés y derecho de la víctima, si bien emplea una categoría más amplia como es el de la justicia reparadora (o restaurativa) marco en el que la mediación constituye uno de los modelos que pueden ser elegidos por los Estados miembros<sup>322</sup> para dar cumplimiento a su obligación de procurar a las víctimas servicios de justicia reparadora con debidas garantías. Por ella se ha decantado nuestra legislación finalmente<sup>323</sup>, dándole cobertura legal en el Estatuto de la Víctima (LEV, en adelante).

En efecto, si bien el Estatuto afirma en su Exposición de Motivos (apartado VI *in fine*) superar las referencias tradicionales a la mediación entre víctima e infractor en atención a la desigualdad moral que existe entre ambos, apostando por un más amplio sistema de justicia restaurativa orientada a la reparación material y moral de la víctima<sup>324</sup>, lo cierto es que si se acude al articulado de la Ley, se ve que finalmente el método elegido dentro de los que integran las modalidades de justicia restaurativa es precisamente la mediación (art. 15).

El Estatuto subraya que su empleo dentro del marco del proceso tiene como presupuesto su consentimiento libre e informado así como el previo reconocimiento de los hechos esenciales por parte del autor y quedará excluida cuando pueda conllevar algún riesgo para la seguridad de la víctima, exista peligro de poder originarle un perjuicio, o esté prohibida por la Ley para el delito cometido. Esta última puntualización a la que hace referencia expresa el art. 15.1.e) parece enlazar directamente con la prohibición vigente en materia de violencia de género que recoge la Ley 1/2004. Sin embargo, no hay obstáculo –pensamos– para un

319 Propuesta sostenida por otros muchos autores, entre los que destaca Amaya FERNÁNDEZ LÓPEZ, quien en su monografía *La mediación en los procesos por violencia de género* (Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2015), diseña un completo e interesante proyecto para su implantación que incluye un Protocolo de mediación en el Juzgado de Violencia sobre la Mujer.

320 Vid. en este sentido BARONA VILAR, S. “Mediación Penal como pieza...”, op.cit., pp.20 y 21

321 Excede del contenido de estas páginas dar una visión general sobre el contenido de dicho Estatuto, cuestión de la que nos hemos ocupado ya en un trabajo precedente (“El Estatuto de la Víctima”, publicado en *Consejo General del Poder judicial. Cuadernos digitales de formación*, nº 37, 2015) y para la cual resulta muy recomendable consultar la completa obra de GÓMEZ COLOMER, *Estatuto de la víctima del delito*, 2ª ed., Cizur Menor, 2015.

322 La norma europea no impone un determinado modelo de justicia restaurativa (algo, por otra parte consustancial a la propia esencia de una Directiva) dejando a elección de las legislaciones nacionales los concretos sistemas y citando, junto a la mediación, las conferencias de grupo y los círculos de sentencias (vid. apartado 46 de su Preámbulo, y art. 12).

323 Tras los dos intentos fallidos de las dos legislaturas precedentes de incorporarla en el seno de una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal que sustituyera a nuestro largamente centenario texto vigente. (Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011 y Propuesta de texto articulado de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2013).

324 El Estatuto de la víctima ha optado por no incluir una definición de “justicia restaurativa”, aunque si deja claro que no es sinónimo de mediación penal al ser ésta una de las formas de aplicarla.

posible replanteamiento de dicha prohibición<sup>325</sup> atendiendo, entre otros datos, a las experiencias piloto que también se han ejecutado con éxito en esta materia; sin olvidar que la regulación contenida en el Estatuto de la Víctima está a la espera de un futuro desarrollo no sólo reglamentario (como anuncia la propia LEV); también mediante la necesaria incorporación de las mínimas normas procesales en el texto procesal penal dirigidas a posibilitarla, siendo esa futura reforma procesal pendiente el momento oportuno para determinar con claridad la tipología de delitos en que puede emplearse la mediación.

El Estatuto adolece en esta materia de una clara insuficiencia. Su Exposición de Motivos y su art. 15, apenas enuncian los fines y límites de la mediación a que acabamos de referirnos, y los principios básicos que rigen el procedimiento: voluntariedad<sup>326</sup>, neutralidad e imparcialidad del tercero-mediador<sup>327</sup> y confiden-

325 Ciertamente es que nada impide al legislador prohibir el empleo de la mediación para determinadas categorías delictivas; pero también lo es que ninguna norma supranacional o convencional impone prohibición alguna respecto a categorías delictivas concretas. Nada dice la Directiva 2012/29/UE. Tampoco hay limitación en el ámbito del Consejo de Europa pues la única norma que podría plantear dudas al respecto (el Convenio de Estambul sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica de 11 de mayo de 2011) si bien prohíbe la mediación y cualquier otro medio de resolución de conflictos en lo que respecta a todas las formas de violencia incluidas en su ámbito de aplicación (entre ellas la doméstica y la de género) limita tal prohibición a los casos en que se articulen como *medios alternativos obligatorios* (art.48.1).

326 Según se indica en el art. 15.1 apartados b) y c) y 15.3. Y es que el procedimiento de mediación exige la participación voluntaria e informada de la víctima e infractor, con el objeto de asegurar que la opción que realizan los ciudadanos por rechazar o aceptar un proceso de mediación es plenamente consciente, aceptada y no mediatizada por prejuicios propios o de terceras personas. Y esta voluntariedad se mantiene durante todo el tiempo que dure el procedimiento de mediación, de forma tal que las partes pueden abandonar en cualquier momento el procedimiento sin que ello suponga una merma en las garantías procesales.

327 Implícitamente deducido del art.15. Neutral, porque la persona que medie no podrá orientar y menos imponer a las partes su propia escala axiológica frente a la propia de cada parte, evitando así plantear alternativas que vayan dirigidas a alcanzar soluciones que sean más conformes a la propia escala de valores de la persona mediadora. Imparcial por detentar la cualidad de no tomar partido por alguien siendo objetivo en el tratamiento de la cuestión, descubriendo los intereses y necesidades de todos los intervinientes, respondiendo de forma objetiva a cualquier planteamiento expuesto o interés expreso implícito en cualquier proceso. La imparcialidad así entendida es un concepto que lleva directamente a la relación del mediador con las partes. Se trata de una condición de actuación compartida con los jueces, los árbitros o los peritos y el régimen jurídico de aplica-

cionalidad<sup>328</sup>. Sin embargo no determina mínimamente ni el modo de insertarse en el seno del proceso (desde cómo proceder a la derivación del caso a mediación, hasta los efectos que ha de producir en el seno del proceso penal el eventual acuerdo alcanzado), ni el estatuto del mediador, remitiendo a un desarrollo reglamentario posterior todavía no realizado y que resulta imprescindible<sup>329</sup>.

La insuficiencia de la legislación vigente es todavía más cuestionable si tenemos en cuenta que el legislador penal poco antes de la aprobación del Estatuto de la Víctima ya había introducido en el Código Penal<sup>330</sup> la mediación o, más bien, el cumplimiento del eventual acuerdo alcanzado en mediación penal como una regla de conducta que posibilita en determinados supuestos la suspensión de la ejecución de una pena privativa de libertad (arts.80.3 y 84.1.1ª del Código Penal). Lo lógico, pensamos, es que tal novedad incorporada en la ley penal sustantiva por la Ley Orgánica 1/2015, hubiera venido acompañada de una legisla-

ción es el mismo. La formulación concreta es que el mediador no puede tener vinculación especial con ninguna de las partes que comprometa su independencia.

328 Toda vez que se garantiza la de toda información que se obtenga en el procedimiento de mediación, como forma de mantener además la confianza en el sistema. Esta nota se asegura respecto a la persona del mediador a través de la vinculación por el secreto profesional respecto de los hechos y circunstancias que le han sido confiados. Respecto a las partes, prohibiéndoles difundir los debates salvo que medie su consentimiento. No obstante, hubiera convenido incorporar aquí la prohibición de utilizar en un proceso posterior los hechos reconocidos en el contexto de la mediación.

329 Hasta la fecha tan sólo se ha publicado el Real Decreto 1109/2015, de 11 de diciembre, por el que se desarrolla la Ley 4/2015, y se regulan las Oficinas de asistencia a las víctimas a las que, entre otras funciones, se les atribuye (art.37) las de informar a la víctima de las medidas de justicia restaurativa existentes; proponer al órgano judicial la aplicación de la mediación penal cuando lo considere beneficioso para la víctima y realizar actuaciones de apoyo a los servicios de mediación extrajudicial. Sin embargo y como ha advertido la doctrina, ha de regularse de manera detallada el estatuto del mediador penal, con determinación de las funciones que ha de desarrollar en el procedimiento de mediación siendo deseable un control estricto de las aptitudes profesionales del mediador así como la exigencia de una formación específica y la creación de un registro de mediadores al que necesariamente habrán de incorporarse quienes deseen realizar estas funciones de forma similar a lo que acontece en el ámbito de la mediación civil (Así, entre otros, GARCÍA RODRÍGUEZ, M., “Buenas prácticas para la protección y asistencia a las víctimas en el sistema de justicia penal”, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, nº 2174 –enero 2015- pp.33 y 34; JIMENO BULNES, M., “¿Mediación penal y/o justicia restaurativa? Una perspectiva europea y española”, *Diario La Ley*, nº 8624, de 14 de octubre de 2015).

330 Merced a la reforma operada por Ley Orgánica 1/2015, de 31 de marzo.



ción procesal que le diera adecuada cobertura.

Obviando esta falta de concreción, hay que convenir que el modelo de mediación que se baraja para implantar en nuestro ordenamiento jurídico según se deduce del Estatuto de la Víctima y atendidas igualmente las experiencias piloto de mediación penal llevadas a cabo en distintos Juzgados<sup>331</sup>, se articula como una modalidad autocompositiva intraprosesal que requerirá de una decisión judicial, ya para poner fin al proceso de forma anticipada (conformidad), ya para poner fin al proceso a través de la sentencia dictada tras la celebración del juicio oral. Es un modelo que precisa de la necesaria actividad de los tribunales de justicia, de manera que para alcanzar la oportuna eficacia lo alcanzado en mediación se requiere su incorporación procesal; se trata, en consecuencia, de un medio controlado judicialmente.

De las distintas modalidades de mediación, en función del momento en el que la misma se produce (o puede producir) y su vinculación con un proceso, el Estatuto parece atender a la denominada mediación intraprosesal, aunque no cierra el paso a una mediación *postsententiam*<sup>332</sup> a la que por lo demás se hace referencia en los arts. 80 y 84 del CP.

La mediación intraprosesal es aquella que se halla vinculada a la existencia de un proceso pendiente y, como tal, los resultados que se alcancen en mediación van a incidir en el proceso mismo, siendo las consecuencias jurídicas diversas según la fase procesal en la que haya tenido lugar.

Esta modalidad de mediación es la que se ha seguido en España en los proyectos piloto que la han desarrollado, justificada sobre la base del artículo 21.5<sup>a</sup> del Código Penal que establece la atenuante de reparación del daño causado. Los juzgados y tribunales que voluntariamente han asumido estas experiencias pi-

331 Véase, por ejemplo, RIOS MARTÍN, J.C., “Justicia restaurativa y mediación penal, análisis de una experiencia (2005-2008)” [www.ammediadores.es](http://www.ammediadores.es). Asimismo y en la página [www.poderjudicial.es](http://www.poderjudicial.es) el Protocolo sobre Mediación en las diversas fases del proceso penal elaborado por la Asociación de Mediación y Pacificación de Conflictos y el Juzgado de lo Penal nº 20 de Madrid.

332 Únicamente se excluiría la denominada mediación *preprocesal*, modelo desconocido y de imposible implantación en nuestro sistema jurídico, que se erige en verdadera alternativa al proceso penal, al que excluye, cuando existiere acuerdo entre los sujetos intervinientes. Seguimos la clasificación empleada por BARONA VILAR en su obra “Mediación penal como pieza...”, op.cit., pp.23 yss.

loto en materia de mediación, lo han hecho siempre desde el principio supremo de la libertad, lo que obligaba a que sólo pudiera darse esta posibilidad cuando todos los operadores jurídico penales (jueces, fiscales, abogados, víctima, victimario) aceptaran acudir al procedimiento de mediación para tratar de alcanzar un acuerdo. El soporte de instituciones como las Oficinas de Asistencia a la Víctima, los Institutos de Criminología, determinadas Asociaciones a favor de la víctima o incluso el propio Consejo General del Poder Judicial, han sido piezas indiscutibles para el desarrollo de estas experiencias y para su consolidación en nuestra cultura penal.

Acudiendo a las referidas experiencias llevadas a cabo en determinados juzgados y tribunales<sup>333</sup> y atendida la Guía para la práctica de la mediación intrajudicial penal elaborada por el Consejo General del Poder Judicial<sup>334</sup> con el fin de homogenizar las soluciones llevadas a cabo por los distintos tribunales, el camino a seguir pasa, en primer término, por la selección judicial del caso como susceptible de ser llevado a mediación tras haber valorado la oportunidad y posibilidad de su aplicación (entre otras condiciones, el tipo de infracción cometida, su gravedad, las características del conflicto, la posibilidad de reparación a la víctima, la necesidad de ésta de ser reparada, la existencia de vínculos entre víctima y victimario y conveniencia de su recomposición).

*Si se produce en la fase de instrucción*, habrá que tener en cuenta, dada la vigencia del principio de presunción de inocencia, que el imputado haya admitido por propia iniciativa algún tipo de participación en los hechos (el Estatuto de la Víctima habla –art.15.1.a)- de que el infractor haya reconocido los hechos *esenciales* de los que deriva su responsabilidad) y que el ofrecimiento de la posibilidad de participar en el programa no comporte una compulsión al reconocimiento de hechos. Pero también que en el ofrecimiento de participación en el proceso se

333 Vid. la descripción que hace FREIRE PÉREZ, R.M., “Experiencias de mediación en el ámbito de la justicia penal de adultos. Amparo normativo e institucional”, en MARTÍN DIZ, F., (coord.), *La mediación en materia de familia...*, op.cit., pp.279-281

334 Disponible en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Normativa-y-ju-risprudencia/> En ella se determina el *iter* procesal que ha de seguirse hasta desembocar en una sentencia de conformidad en función del tipo de proceso y fase procesal en que se haya producido la derivación a mediación. En este desarrollo por regla general distingue las siguientes etapas: contacto; acogida; encuentro dialogado; acuerdo; comparecencia de conformidad y juicio; reparación y ejecución de acuerdos; seguimiento.

informe claramente al imputado que la valoración final de la reparación, a efectos de los beneficios jurídicos previstos en el Código Penal, corresponde al Juez o Tribunal (beneficios que van desde la reducción de la pena por la apreciación de la atenuante de reparación en su caso como muy cualificada, a la eventual suspensión de la ejecución de la pena) y que la participación en el proceso sea voluntaria y el contenido de las sesiones confidencial (de nuevo, art.15 LEV).

El acuerdo de reparación alcanzado en mediación en fase de instrucción, además de tener su adecuado reflejo en los escritos de calificación de conformidad presentados ante el Juzgado que corresponda<sup>335</sup> deben ratificarse posteriormente ante el Juez a fin de que quede constancia de que la víctima se da por reparada en el sentido de los arts.107 y 108 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal consignándose en su caso la expresa renuncia a la acción civil<sup>336</sup> que posibilitará posteriormente la apreciación de la atenuante del art.21.5ª del Código Penal, o bien recogiendo el “plan de reparación” acordado que el Juez podrá incluir como contenido de la responsabilidad civil derivada del delito (art.110 del Código Penal).

Puede observarse de lo expuesto cómo su estrecha vinculación con el proceso penal hace de esta modalidad de mediación complemento perfecto de la vía jurisdiccional. Repárese que el acuerdo que se alcanza, para ser eficaz y producir consecuencias jurídico-penales, debe quedar “validado” por el órgano jurisdiccional. No obstante, la acogida de la mediación en el Estatuto de la Víctima no ha tenido el debido desarrollo procesal, echándose en falta que se hubiera incorporado alguna norma específica a este respecto en la Ley de Enjuiciamiento Crimi-

335 En el vigente procedimiento de diligencias previas, si hay reconocimiento de hechos, será de aplicación lo dispuesto en el art.779.1.5º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que prevé la posibilidad de que se desemboque en un procedimiento de enjuiciamiento rápido y en una eventual conformidad *privilegiada* con una reducción de un tercio de la pena acogida en la sentencia que dicte el propio Juez de instrucción. En los demás casos puede desembocarse en una sentencia de conformidad que se dicte por el Juez de lo Penal conforme a lo dispuesto en el art.787.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal o, en su caso, y de seguirse el proceso ordinario, al amparo del art.655. Y además, no se olvide, en la posibilidad de acordar la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad en las condiciones previstas en los arts.80 en relación con 84.1.1ª Código Penal.

336 Queda a la disponibilidad de las partes considerar reparado el daño con el simple desarrollo del encuentro dialogado, restitución, reparación del daño, indemnización, petición de perdón, reconocimiento de hechos u otras formas semejantes.

nal; tales cuestiones deberían clarificarse para proporcionar seguridad jurídica y evitar disparidad de soluciones en los diversos Juzgados y Tribunales.

La denominada mediación *postsententiam* viene esencialmente circunscrita a los supuestos de mediación penitenciaria y en la que efectivamente los resultados pueden ser muy positivos para los condenados a pena de prisión y para el propio modelo penitenciario<sup>337</sup>.

Por un lado y en lo que aquí directamente interesa, una reparación voluntaria del preso a favor de la víctima fruto de la mediación supone para ella, una satisfacción que acaso no obtenga de otro modo o lo haga de manera más tardía y dificultosa. Para el penado esta actuación puede reportarle también beneficios pues puede entenderse como una prueba concreta de la evolución positiva en su tratamiento y del interés por reinsertarse de nuevo en la comunidad que le puede hacer merecedor de una progresión en grado en atención a lo dispuesto en el art.72.5 de la Ley Orgánica General Penitenciaria o para acceder a la libertad condicional del art.90 del Código Penal.

Dadas las incógnitas y desconfianzas existentes todavía sobre la aplicación de la mediación en procesos por violencia de género, precisamente la fase de ejecución de la condena sería un ámbito idóneo para que el legislador pudiera introducirla con carácter experimental donde claramente y sin lugar a dudas el *ius puniendi* se ha hecho valer por el Estado y existe pena a imponer<sup>338</sup>. La mediación servirá como forma de canalizar una pena oyendo a la víctima –que debe de seguir cumpliendo los mismos requisitos anteriores- y al condenado al que se le abre la alternativa entre cumplir de forma efectiva los pactos e imposiciones derivados de la mediación o cumplir en sus propios términos la sentencia dictada por el Juez.

337 Vid. en este sentido BARONA VILAR, S., “Mediación penal como pieza...”, op.cit., p.25 quien, respecto de este último extremo, destaca que “la introducción de la mediación como instrumento del sistema sancionador penitenciario puede implicar una interesante alternativa al modelo actual, ofreciendo, por las técnicas empleadas, un método eficaz para la reducción de violencias dentro del ámbito penitenciario a través del aprendizaje de actitudes de respeto, escucha, diálogo y tolerancia. En suma, un cauce innovador en el sistema sancionador penitenciario”.

338 Así lo propone MARTÍNEZ GARCÍA, E., “Mediación penal en los procesos por violencia de género...”, op.cit., p.27.

Las posibilidades que podemos encontrar, no se reducen a los casos en que el condenado se encuentre en situación de privación de libertad, sino también a aquéllos en que en atención a la pena impuesta (localización permanente, alejamiento) será aplicable tal negociación entre ambas partes con el fin de obtener algún beneficio penológico y poder valorar el esfuerzo reparador<sup>339</sup>.

#### 4. A MODO DE CONCLUSIÓN.

Retomando lo que ya se señaló en el apartado 1) la mediación sólo ha de introducirse para muy determinados casos que en principio podrían caer dentro de la esfera de la violencia de género (y doméstica o en el ámbito familiar).

La mediación puede admitirse como instrumento idóneo para contribuir a la solución de algunos conflictos relacionados con la violencia de género, singularmente para aquellos que se encuentren en un estadio inicial, supuestos episódicos u ocasionales y de mínima gravedad aunque por razones diversas hayan sido elevados a la condición de delito, y en los que no se aprecie una relación de especial vulnerabilidad en la víctima y exista además una voluntad de ambas partes y una perspectiva razonable de continuar la vida en común.

Es indudable que fuera de estos limitados casos, esta solución no es factible al permanecer una situación de desigualdad real entre la víctima y el victimario, lo que haría imposible la mediación pues tal desigualdad impide el diálogo, el consenso y el acuerdo de ambos.

Estos serían los requisitos indispensables para fijar el marco en que podría insertarse la mediación como sistema de conflicto de este tipo de infracciones. Pero ello pasa, naturalmente, por que también y con carácter previo el legislador desarrolle con algo más de precisión el marco regulador que constituye el Estatuto de la Víctima.

Partiendo de la premisa de que no resulta conveniente establecer un *numerus clausus* de delitos susceptibles de reconducirse a mediación, tampoco parece aceptable el silencio que guarda sobre este punto el Estatuto, puesto que esti-

<sup>339</sup> A través de este posible acuerdo se daría contenido a los numerosos supuestos en los que se procede a condenar y a sustituir sin que en la práctica haya ningún esfuerzo real por corresponsabilizarse y reparar el daño. Vid. ampliamente sobre este punto RÍOS MARTÍN, J.C., "La mediación en la fase de ejecución penal", *Revista de estudios penitenciarios*, Extra 2006, pp. 169 y ss

mos- hubiera sido conveniente fijar unos criterios a partir de los cuales pueda decidirse tal solución. El primero de ellos, el de su gravedad, que podría jugar como elemento de exclusión tal y como sucede en algunos ordenamientos jurídicos que atienden al criterio de la pena que lleva aparejada el delito para, por encima de determinada entidad, excluirla<sup>340</sup>. El segundo, el de las condiciones particulares de determinadas categorías de víctimas que dada su vulnerabilidad hace desaconsejable acudir a esta solución. Este sería el caso de los menores<sup>341</sup> e incapaces, pero no tiene por qué serlo en el de todas las mujeres víctimas de violencia de género debiéndose distinguir aquí los supuestos en que puede apreciarse esta condición de especial vulnerabilidad, que la excluiría, de aquéllos otros en que partiendo de las circunstancias del hecho (escasa gravedad, fenómeno episódico, etc) y por no apreciarse esta condición, sería perfectamente factible acudir a la mediación.

Esta es la solución que, por otra parte y según hemos visto, propugna la Directiva 2012/29/UE, del Parlamento europeo y del Consejo, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección a las víctimas de delitos. Y que si bien considera que las víctimas de violencia de género en determinados casos pueden considerarse víctimas especialmente vulnerables necesitadas de una especial tutela y protección<sup>342</sup>, no las considera *per se* inclui-

<sup>340</sup> Un análisis detallado de las soluciones seguidas en derecho comparado lo efectúa BARONA VILAR en su monografía *Mediación penal. Fundamento, fines y régimen jurídico*, cit., pp.117 y ss., a cuyo estudio remitimos.

<sup>341</sup> Vid. Informe de la Subcomisión penal para el estudio del funcionamiento de la ley integral de medidas contra la violencia de género y, en su caso, propuestas de modificación (Boletín Oficial de las Cortes Generales Serie D, 154/000005, de 23 de noviembre 2009, núm.296 en cuyas Recomendaciones y tratándose de menores se recomienda excluir en todo caso la mediación. En este sentido, vienen pronunciándose SUBJANA ZUNZUNEGUI, I.J., "Las víctimas en el sistema penal. En especial, la Justicia restaurativa", *Panorama actual y Perspectivas de la victimología: La victimología y el sistema penal, Estudios de Derecho Judicial*, núm.121, 2007 y LARRAURI PIJOAN, E., *Criminología crítica y violencia de género*, Madrid, 2007, p. 106.

<sup>342</sup> En este caso y como señala MARTÍN DIZ, el "interés superior de la víctima especialmente vulnerable" funcionaría aquí como límite a la mediación y encajaría en el sistema jurídico como un concepto indeterminado *a priori*, pero necesariamente determinable en el caso concreto en atención al estudio de la condiciones y circunstancias personales de la víctima, que la coloquen en una situación de desigualdad frente a la otra parte en el conflicto penal que cerraría las puertas de este procedimiento autocompositivo, al ser una forma de solución de conflictos que descansa, entre otros principios fundamentales, en la es-

das en esta categoría. Solución que, por lo demás, facilita hoy el propio Estatuto de la Víctima cuando impone a las autoridades policiales y judiciales que asistan a la víctima llevar a cabo una evaluación individualizada de sus necesidades de protección (arts. 23.2.b y 24).

En definitiva se considera que la solución asumida por el legislador español de prohibición absoluta de la mediación en todos los supuestos resulta encorsetada, ilógica e ineficaz, puesto que lo que debería ser determinante es la averiguación y calificación previa de la situación de equilibrio o desequilibrio entre el agresor y la víctima, para dar cabida o no a la mediación<sup>343</sup>. Se impone una valoración caso por caso, para evitar que por la protección legal dispensada mediante la ley 1/2004, la víctima de violencia de género se llegue a convertir –según advierte BARONA<sup>344</sup>– en una víctima instrumentalizada en aras de la justicia de género, impidiéndole el acceso a otras vías o cauces –como la mediación– que el resto de las víctimas puedan tener.

---

tricta igualdad de las partes (“Mediación penal y víctimas especialmente vulnerables...”, op.cit., p.523.

343 Así se recoge en las *Conclusiones del Seminario del Consejo General del Poder Judicial sobre Instrumentos Auxiliares (incluido mediación familiar) en el ámbito del Derecho de Familia* desarrollado del 17 al 19 de febrero de 2010, disponible en la página <http://www.ammmediadores.es> (sección Informes).

344 BARONA VILAR, S., “Mediación penal como instrumento restaurativo...”, op.cit., pp.481 y 482

## LOS CRITERIOS DE ADMISIBILIDAD DEL DOCUMENTO ELECTRÓNICO COMO “PRUEBA NUEVA” EN SEGUNDA INSTANCIA: ESPECIAL REFERENCIA A LAS IMÁGENES SATELITALES DE *GOOGLE EARTH*

---

\* Artículo recibido el 20 de marzo del 2016, aprobado para publicación el día 20 de abril del 2016

Gerson W. Camarena Aliaga<sup>345</sup>

### RESUMEN:

En el presente trabajo se estudiará la posibilidad de introducir fotografías satelitales de *Google earth* como “prueba nueva” en segunda instancia. Para ello, estudiaremos el fundamento de la “prueba nueva” y su importancia al momento de interpretar y verificar el cumplimiento de los criterios de admisibilidad de un “medio de prueba” en esta etapa procesal.

### PALABRAS CLAVES:

Prueba nueva, segunda instancia, documento, *Google earth*

---

345 Doctorando en Derecho y Ciencia Política por la Universidad Autónoma de Madrid. Máster en Derecho Público por la Universidad Complutense de Madrid. Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Miembro del Instituto de Ciencia procesal penal (INCIPP). Miembro honorario del Taller de Investigación jurídico penal (TAIJ-Penal) de la UNMSM.