



Treball Final de Grau

GRAU EN DRET

Facultat de Dret

Universitat de Girona

**MEDIACIÓ PENAL: LA SEVA VIABILITAT O
NO EN EL PROCÉS PENAL**

Estelle Crespo López

Tutor: Guillermo Ormazabal Sanchez

Tribunal: Dr. Guillermo Ormazabal Sanchez; Dra. Silvia Pereira Puigvert, Dra. Susana
Oromi Vall-Llovera

Curs acadèmic: 2015-2016

Convocatòria: Juny

ÍNDEX

	Pàg.
1. Introducció.....	3 - 5
2. Justícia Reparadora, diàleg i mediació: concepte.....	6 - 7
2.1 La mediació penal en menors d'edat.....	8 - 11
2.2 La mediació penal en adults.....	12
3. L'estatut del mediador.....	13 - 15
4. Característiques fonamentals que haurien de concórrer en el procés de mediació penal.....	16 - 17
5. Orígens de la mediació penal: com i quan sorgeix la mediació penal.....	18 - 19
6. Les primeres experiències relatives a la mediació penal.....	20
7. Marc legal de la mediació penal.....	21 - 24
8. La mediació penal en el dret comparat	
8.1 La mediació penal a Alemanya.....	25 - 28
8.2 La mediació penal a França.....	28 - 30
9. Especial referència als aspectes crítics de la mediació penal.....	31 - 32
10. Conclusions.....	33 - 35
11. Bibliografia.....	36 - 37
12. Web – grafia.....	38

ABREVIATURES UTILITZADES

CE: Constitució Espanyola

CP: Codi Penal

CPP: Codi Processal Penal

DM: Decisió Marc

LORPM: Llei Orgànica de Responsabilitat Penal del Menor

TOA: Täter – Opfer – Ausgleich

UE: Unió Europea

1. INTRODUCCIÓ

Des de finals del segle XX hem pogut observar diverses manifestacions doctrinals que estableixen la necessitat de superar, ampliar o complementar el sistema judicial penal espanyol fonamentat en el principi de legalitat i de justícia retributiva. Així doncs, el nostre sistema judicial penal es fonamenta en la imposició de la pena i el càstig del culpable. Els nostres poders públics estan obligats a actuar processalment quan tenen coneixement de la comissió d'uns fets delictius. Actualment, en el marc del nostre sistema penal es pretén incorporar una “tercera via” de resolució de conflictes que es coneix amb el nom de Justícia Reparadora. Aquest sistema alternatiu es caracteritza per desenvolupar una funció de prevenció, atorga un nivell d'especial atenció a la víctima, aposta per un diàleg lliure i voluntari entre l'infractor i la víctima, i es regeix pel principi d'oportunitat en l'exercici de l'acció penal.

Amb el present treball, el meu objectiu era conèixer, d'una banda, en quin moment legal es troba la mediació en el nostre sistema de justícia penal, i d'altra banda, si la incorporació d'un sistema de mediació penal pot considerar-se una via alternativa de resolució de conflictes que porti majors beneficis que la Justícia de la qual gaudim actualment.

En primer lloc, faig una descripció del concepte de Justícia Reparadora i la relació existent entre el diàleg de les parts en conflicte i la mediació. Com veurem en el primer punt, la Justícia Reparadora consisteix en un moviment que pretén donar resposta als fenòmens delictius a través de la reparació dels possibles danys que l'infractor hagi causat a la víctima. Així doncs, la mediació penal és una proposta de la Justícia Reparadora, que implica crear a Espanya un espai de diàleg guiat, per tal que les parts puguin expressar les seves pretensions, dit d'un altre manera, la mediació penal busca l'equilibri entre els interessos de la víctima i la necessitat de reinserció social del infractors. En aquest mateix apartat, faré referència a la mediació penal en el cas de les persones menors d'edat, on podem observar que només en l'àmbit penal dels menors existeix regulació sobre una possible mediació penal, concretament a l'article 19 de la Llei 5/2000 de Responsabilitat Penal dels Menors. En el cas de les persones adultes, no existeix cap norma que la reguli, sinó que només tenim constància de diverses experiències pilot que han tingut lloc els darrers anys a diferents zones d'Espanya.

En segon lloc, es fa esment del contingut que hauria de tenir el futur Estatut del Mediator en aquesta matèria. El mediator és una figura essencial en aquest procés, ja que s'encarrega de procurar un diàleg i participació equilibrada entre les dues parts en conflicte. Tot seguit s'estableixen els requisits essencials per l'exercici de la mediació, les facultats de la persona mediadora, les obligacions expressades del mediator, i finalment també hauria d'incorporar tot un seguit de prohibicions.

En tercer lloc, s'especifiquen les principals característiques que haurien de concórrer en un procés de mediació penal, per tal que aquest es realitzi d'acord amb les garanties essencials dels ciutadans. Concretament s'explicaran la voluntarietat, gratuïtat, confidencialitat, oficialitat, flexibilitat, neutralitat i imparcialitat.

En quart lloc, s'explica com i quan sorgeix la mediació penal juntament a les primeres experiències en l'àmbit de la mediació penal. Per poder conèixer l'origen de la mediació, primer hem de conèixer el sorgiment de la Justícia Reparadora com a sistema alternatiu de conflictes. Com podem observar al llarg del treball, el seu origen es vincula amb el naixement de diferents moviments preocupats per la humanització del sistema penal amb la finalitat de moderar el patiments que suposa el delictes i les seves conseqüències. Algun d'aquests moviments van ser "*Alternativas a la prisión*" que va tenir lloc als anys setanta. Així, la mediació penal neix com a resposta a la construcció d'un marc irrenunciable de seguretat jurídica.

En cinquè lloc, concretarem l'actual marc legal de la mediació penal a Espanya. Com ja podem veure el llarg de tot el treball, en l'àmbit de la mediació penal a Espanya només podem assenyalar l'avant projecte del Codi Processal Penal, en el qual es comença a introduir alguns aspectes específics sobre la mediació en els articles 143 al 146. Aquest avant projecte de llei no s'ha arribat a regularitzar legalment, i per tant, com hem dit anteriorment, actualment no existeix cap normativa que la reguli. Tot i la manca de normativa en aquest àmbit, he pogut comprovar l'existència d'una Decisió Marc del Consell d'Europa 220/2001/JAI, de 15 de març, sobre l'Estatut de la víctima en el procés penal, segon la qual els Estats membres procuraran la mediació en les causes penals. Juntament a aquesta DM, també s'observen diverses Recomanacions del Consell d'Europa, entre les quals la més destacada ha estat la Recomanació (99) 19 del Consell d'Europa, sobre la mediació en l'àmbit penal, que estableix els principis que s'haurien de tenir en compte per part dels Estats membres per desenvolupar la mediació en l'àmbit penal, així com impulsar una participació activa de la víctima i l'infractor en aquests processos.

He considerat important fer un anàlisi comparatiu sobre la informació assolida de la mediació penal en territori espanyol, amb la mediació que s'incorpora en els països d'Alemanya i França. D'una banda, a Alemanya, a inicis dels anys 80 sorgeix la discussió sobre la incorporació o no de la mediació en l'àmbit penal, coma conseqüència de la influència de projectes pilot per part d'alguns Estats federats. En aquest sentit destaquem la introducció del TOA "*Täter-Opfer-Ausgleich*", que la traducció espanyola seria Autor – Víctima – Compensació. D'altra banda, a França les primeres experiències en matèria de mediació penal es posen en marxa a la dècada dels anys 80 sense l'existència d'una normativa taxada al respecte.

S'observa que l'ordenament francès es decanta pel sistema de la oportunitat en la persecució dels fets delictius, a diferència de l'espanyol que es fonamenta en el principi de legalitat.

Finalment, faig esment de tot un conjunt de crítiques que mitjançant la lectura d'articles doctrinals dels diversos autors utilitzats al llarg del treball, han anat sorgint i he considerat rellevants en el supòsit d'una futura regulació legal de la mediació en l'àmbit penal.

2. JUSTÍCIA REPARADORA, DIÀLEG I MEDIACIÓ: CONCEPTE

Actualment, la Justícia reparadora es considera una via alternativa, situada entre el model de la justícia retributiva, que dona major importància als crims i al seu càstig corresponent, i el model de la justícia rehabilitadora que està dirigida a la readaptació o reintegració de l'infractor. L'objectiu fonamental de la Justícia reparadora és que l'investigat assumeixi la seva responsabilitat i els efectes de les seves accions, així com el perjudici material o no que hagi causat a la víctima. Es considera que el fet que l'infractor reconegui les conseqüències i el perjudici cap a la seva víctima condueix a la reparació d'aquestes, ja que comporta la co-participació de la víctima.¹

El terme anglosaxó "Restorative Justice" va ser originàriament creat als anys 50 pel psicòleg americà ALBERT EGLASH, que en la seva obra "*Más allá de la restitución: restitución creativa*" posava de manifest que un dels majors errors del sistema de justícia era negar a la víctima una participació activa dins del procés penal. Aquest autor va distingir entre tres tipus de models de justícia segons la finalitat que es perseguia: la justícia retributiva, la justícia distributiva i la justícia reparadora. En la seva opinió, només aquesta última opció de justícia tenia per finalitat fonamental la reparació del dany causat a la víctima oferint una oportunitat única a totes les parts involucrades per reparar la relació entre ambdues parts.

Podem observar diverses definicions de Justícia Reparadora entre d'altres dels seus defensors, com per exemple, en paraules de SHERMAN la justícia reparadora és una forma d'entendre quina és la millor opció per les víctimes d'un delictes, pels infractors i per el sistema judicial penal. En aquesta línia, per MARSHALL, la justícia reparadora és un procés mitjançant el qual les parts resolen com solucionar els efectes del delictes i les conseqüències que tindran al futur.

Per Justícia reparadora podem entendre, en sentit ampli, la filosofia i el mètode de resoldre els conflictes que atenen prioritàriament a la protecció de la víctima i al restabliment de la pau social, mitjançant el diàleg amb l'objectiu de satisfer de manera efectiva les necessitats dels directament afectats.

La mediació penal és una proposta de la Justícia Reparadora que busca l'equilibri entre els interessos de la víctima i la necessitat de reinserció social dels infractors. Consisteix en la participació voluntària de l'investigat per un delictes o falta i de la víctima o perjudicat, en un procés de diàleg i comunicació conduït per un mediador imparcial amb l'objectiu d'aconseguir la

¹ Del Río Fernández, Lorenzo. "*Mediación y cambio cultural; hacia una nueva filosofía penal.*" Revista Mediaria (2012) pp. 10-12

reparació del dany causat i la solució del conflicte des d'una perspectiva justa i equilibrada dels interessos d'ambdues parts.

La principal finalitat que persegueix aquest sistema alternatiu de justícia és la d'aconseguir la solució més justa possible a un conflicte originat per la comissió d'un delictes, que segons els defensors d'aquest procés, és la reparació del dany causat a la víctima, en lloc del càstig de l'autor del fet, com succeeix en el nostre sistema penal vigent.

La mediació com a instrument de diàleg al servei de la pacificació i resolució de tot tipus de conflictes està adoptant un important protagonisme, i sobretot, més recentment, en el sistema penal. El fet de derivar del model de Justícia Reparadora, podem observar diverses diferències respecte amb el model tradicional de Justícia.

En primer lloc, en la mediació penal, el delictes ja no té el tracte d'infracció penal sinó com un conflicte social en el que es creuen diversos interessos dins d'un procés dinàmic i en un sistema global.

En segon lloc, els protagonistes ja no són l'agressor i el poder punitiu estatal, sinó que són l'agressor i la víctima, i per últim, la finalitat del sistema no és tant la persecució i càstig del delictes sinó la resolució de conflictes a través de l'assumpció de responsabilitats i la reparació del dany causat. ²

Així doncs, els qui defensen la mediació penal, consideren que aquest sistema de justícia consisteix en la participació voluntària entre el penat per un delictes o falta i la part perjudicada, o víctima, en un procés de diàleg i comunicació, que té lloc a través d'un mediador imparcial i que té com a objectiu principal aconseguir la reparació idònia del dany causat i la solució al conflicte des d'una perspectiva justa i equilibrada pels interessos de les dues parts interessades. ³

La Comissió de prevenció del delictes de les Nacions Unides posa de manifest que la mediació permet a les víctimes afectades pel delictes o falta, a través de la participació voluntària, compartir els seus sentiments, experiències i necessitats. Tant mateix, ofereix a les víctimes l'oportunitat d'obtenir la reparació i permet a la part infractora comprendre millor les causes i les conseqüències que pot originar el seu comportament i assumir la seva responsabilitat. ⁴

² Cuadrado Salinas, Carmen: "*La mediación penal*". Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología. (2015) pp. 5-9

³ ITER Mediadores. Mediación Penal (2013). Citat a través de <http://www.itermediadores.org>

⁴ La Comisión de Prevención del Delito y justicia penal es el órgano principal del sistema de las Naciones Unidas para formular políticas y recomendaciones sobre cuestiones de la justicia penal.

2.1 LA MEDIACIÓ PENAL EN MENORS D'EDAT

Actualment, en la resolució de conflictes penals es pot observar un major interès per sistemes penals alternatius o complementaris al sistema tradicional de Justícia Penal. És el que coneixem amb el nom de Justícia reparadora, que té per finalitat fomentar la reconciliació entre l'autor del fet delictiu i la seva víctima. A Espanya, fins el moment, la mediació només ha estat introduïda en l'àmbit del Dret penal Juvenil, concretament amb la Llei Orgànica 5/2000, de 12 de gener, reguladora de la Responsabilitat Penal dels Menors (LORPM), modificada per la Llei Orgànica 8/2006, de 4 de desembre, que introdueix modificacions referents al menor víctima d'un delictes. Com he esmentat anteriorment, en l'àmbit europeu, el Consell de la Unió Europea ha recomanat als seus Estats membres la utilització de la mediació i altres mecanismes de Justícia reparadora per resoldre diverses controvèrsies amb rellevància penal.⁵

La Llei de Responsabilitat Penal del Menor 5/2000, té com a objecte fonamental l'interès del menor. En el procediment regulat per la LORPM, s'haurà d'intentar aconseguir la mesura més beneficiosa per la reeducació i reinserció del menor implicat. L'article 19 de la Llei Orgànica Reguladora de la Responsabilitat Penals dels Menors (LORPM), és l'únic precepte actual amb rang legal en el nostre Ordenament Jurídic que regula la mediació com una tècnica de resolució de conflictes penals alternatius a la decisió jurisdiccional.

Com a conseqüència, podem dir que només en l'àmbit de la justícia penal de menors s'han satisfet les expectatives de l'article 10 de la Decisió Marc 220/2001, de 15 de març, sobre l'estatut de la víctima en el procés penal, segons el qual els Estat membres procuraran impulsar la mediació en les causes penal.⁶ La mediació en l'àmbit penal juvenil suposa l'obtenció d'una solució més ràpida i àgil del conflicte. Determina una millora del funcionament global del sistema de resolució de conflictes en la societat, augmentant la capacitat de resposta i reduint la càrrega de treball a l'administració de justícia.

La Comisión supervisa el uso y aplicación de las normas de las Naciones Unidas relativas a estas cuestiones y guía el desarrollo de políticas para abordar nuevas cuestiones. Per més informació consultar: <http://www.unodc.org>

⁵ Sánchez Domínguez, M^o Belén: *“La víctima menor de edad en la mediación penal”*. pp. 317

⁶ García Rostán Calvín: *“La víctima menor de edad en el proceso penal de menores”* pp. 293

La figura de la mediació en l'àmbit de la Llei de Responsabilitat Penal del Menor, conforme a l'article 19⁷ manifesta:

1. También podrá el Ministerio Fiscal desistir de la continuación del expediente, atendiendo a la gravedad y circunstancias de los hechos y del menor, de modo particular a la falta de violencia o intimidación graves en la comisión de los hechos, y a la circunstancia de que además el menor se haya conciliado con la víctima o haya asumido el compromiso de reparar el daño causado a la víctima o al perjudicado por el delito, o se haya comprometido a cumplir la actividad educativa propuesta por el equipo técnico en su informe.

El desistimiento en la continuación del expediente sólo será posible cuando el hecho imputado al menor constituya delito menos grave o falta.

2. A efectos de lo dispuesto en el apartado anterior, se entenderá producida la conciliación cuando el menor reconozca el daño causado y se disculpe ante la víctima, y ésta acepte sus disculpas, y se entenderá por reparación el compromiso asumido por el menor con la víctima o perjudicado de realizar determinadas acciones en beneficio de aquéllos o de la comunidad, seguido de su realización efectiva. Todo ello sin perjuicio del acuerdo al que hayan llegado las partes en relación con la responsabilidad civil.

3. El correspondiente equipo técnico realizará las funciones de mediación entre el menor y la víctima o perjudicado, a los efectos indicados en los apartados anteriores, e informará al Ministerio Fiscal de los compromisos adquiridos y de su grado de cumplimiento.

4. Una vez producida la conciliación o cumplidos los compromisos de reparación asumidos con la víctima o perjudicado por el delito o falta cometido, o cuando una u otros no pudieran llevarse a efecto por causas ajenas a la voluntad del menor, el Ministerio Fiscal dará por concluida la instrucción y solicitará del Juez el sobreseimiento y archivo de las actuaciones, con remisión de lo actuado.

5. En el caso de que el menor no cumpliera la reparación o la actividad educativa acordada, el Ministerio Fiscal continuará la tramitación del expediente.

6. En los casos en los que la víctima del delito o falta fuere menor de edad o incapaz, el compromiso al que se refiere el presente artículo habrá de ser asumido por el representante legal de la misma, con la aprobación del Juez de Menores

Aquest article 19 LORPM regula com a manifestació del principi d'oportunitat, la possibilitat de reparació o conciliació entre el menor i la víctima. La mediació es manifesta en un doble eix penal i educatiu, ja que d'una banda, constitueix un pas endavant pel desenvolupament del principi d'intervenció mínima en l'àmbit penal i d'altra banda ofereix un instrument que suposa la concessió d'un major protagonisme a la víctima del delict. La conciliació i reparació es defineixen legalment a l'article 19.2 de la LORPM.

⁷ Això es disposa a l'article 19 de la *Llei Orgànica de Responsabilitat Penal del Menor*. Per més informació consultar: <http://www.boe.es> versió consolidada

Concretament, s'estableix que la conciliació es l'acte pel qual el menor reconeix el dany causat i es disculpa davant de la víctima i que aquesta accepti les seves disculpes, és a dir, es centra en resoldre el conflicte a través del reconeixement dels dany i la petició de disculpes per part del menor. Pel que fa a la reparació, es defineix com aquell compromís amb la víctima o amb el perjudicat de realitzar determinades accions en benefici d'ells o de la comunitat, o dit d'un altre manera, es tracta de la compensació "simbòlica" amb la realització de les activitats concertades a l'acord de reparació. Ambdues figures es dirigeixen a la regulació del conflicte associat a la comissió d'un fet delictiu, entre l'infractor i la víctima o perjudicat i tenen en comú la celebració d'un procés de mediació entre ells, procés en el qual té lloc el tractament del fet provocat i les seves conseqüències.

El procediment de mediació, que té lloc tant a la conciliació com a la reparació⁸ del dany, impliquen la concessió d'un espai específic per l'atenció directa del conflicte interpersonal, paral·lel al conflicte social. La idea de conciliació implica l'acord entre subjectes que tenen postures discrepants o posicions d'interès enfrontades. La reparació, com a prestació voluntària del menor infractor, serveix de suport a la regulació del conflicte en el que estan involucrats aquests i la víctima, amb ajuda de la instància medidora, funció de la qual consisteix en possibilitar la comunicació entre les dues parts. La reparació del dany constitueix el nucli de l'acord entre la víctima i l'autor del delictiu i la seva concurrència implica la satisfacció psico-emocional de la víctima. El procediment mediador finalitzat amb un acord de reparació concret, mitjançant el qual el menor es compromet a la realització de les prestacions convingudes, és susceptible de provocar efectes de caràcter processal, sempre i quan els compromisos de reparació no es puguin realitzar per motius aliens a la voluntat del menor.

Entre els requisits que han de concórrer per poder plantejar l'inici de la mediació, els més decisius són el caràcter personal de la víctima i la constatació de la comissió dels fets per part del menor, així com la garantia de la participació voluntària i lliure de les dues parts. D'aquesta manera, l'exigència de voluntarietat suposa una garantia tant pel menor infractor com per la víctima.

L'article 19 de la Llei Orgànica de Responsabilitat Penal del Menor (LORPM) atribueix la funció de mediació a l'equip tècnic, un cop escoltat al menor i al Ministeri Fiscal. No obstant, també tenen la facultat d'iniciar la mediació les entitats administratives que col·laborin amb l'equip tècnic i la Fiscalia de Menors.

⁸ Cruz Márquez, Beatriz: "La mediación en la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores: conciliación y reparación del daño" Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (2015) pp. 2 - 7

La mediació determinada per la Llei Orgànica de Responsabilitat Penal del Menor va dirigida a menors que han comés una infracció penal considerada com un delictes menys greu o falta, però ni el reglament ni la llei assenyalen un perfil del menor infractor. A través d'un estudi realitzat per Sonia Gandolfo Barja⁹ (*Fiscal delegada de Menors de la Fiscalia Provincial de Badajoz*), es considera que el perfil dels menors infractors seria el següent:

- Menors d'entre 14 i 18 anys sense distinció de sexe.
- De qualsevol nacionalitat o situació administrativa en el nostre país. Normalment un percentatge més elevat de participació són nacionals i els menors que es troben institucionalitzats per resolució administrativa.
- Menors que no han comés amb anterioritat cap fet delictiu i que no existeix cap denúncia contra ells ni s'ha incoat cap expedient.

Per tant, es tracta de menors que van per primera vegada a fiscalia mostrant una conducta de por al sistema penal, però amb una actitud positiva a les possibilitats d'arribar a un acord amb la víctima.

- Són menors sense conflictivitat especial tant en l'entorn familiar, educatiu o social.

En aquest mateix estudi també s'inclouen el supòsits específics d'actuació segons la infracció que s'ha comés quan la víctima és menor d'edat, entre els quals podem observar l'actuació en l'àmbit familiar de violència domèstica, escolars com per exemple lesions en el centre educatiu o Bullying, delictes produïts mitjançant internet contra la llibertat del menor.

Fins ara, he fet esment a la conveniència de la mediació penal en el cas que l'infractor sigui un menor d'edat. No obstant, la viabilitat de la mediació penal com una alternativa de resolució de conflictes quan la víctima del fet delictiu és un menor d'edat¹⁰, no queda fonamentat per la Llei Orgànica de Responsabilitat Penal del Menor, ja que el propi article 19 d'aquesta Llei només fa referència a la possibilitat de mediació quan el menor és l'infractor, però no quan és la víctima. Tant mateix, l'apartat sisè d'aquest mateix precepte disposa expressament que, en els casos en que la víctima del delictes o falta sigui un menor d'edat, l'acord de reparació obtingut en la mediació haurà d'assumir-se pel representant legal de la víctima menor d'edat, amb l'aprovació del Jutge de Menors.

⁹ Gandolfo Barja, Sonia: "*Mediación penal y la víctima*" pp. 98

¹⁰ Martín Diz, Fernando: "*Mediación y víctima menor de edad*". pp. 314 - 316

2.2 LA MEDIACIÓ PENAL EN ADULTS

Fins el moment, la Llei Orgànica de Responsabilitat Penal del Menor de 2000 és l'única previsió normativa d'un sistema de mediació penal a Espanya, concretament al seu article 19 que estableix un sistema de mediació reparadora a través de la conciliació o la reparació del dany.

És per aquest motiu que respecte a la mediació penal en adults només podem fer referència a diverses experiències pilot que han tingut lloc a diverses zones d'Espanya. En aquest sentit, Catalunya ha consolidat la mediació penal en adults d'una forma més estable que a la resta d'Espanya. Hem de destacar l'experiència realitzada a la Comunitat Autònoma de València a iniciativa de la Oficina d'assistència a la Víctima de València¹¹, formada per un equip d'advocats i treballadors socials. Aquest projecte de mediació d'adults va començar l'any 1993, que tenia per objecte delictes i faltes dins del procediment abreujat.

L'any 1995 es van aconseguir 60 mediacions penals, i entre aquests un 50% d'acords entre la víctima i l'infractor. Així doncs, l'Oficina de València¹² va ser pionera a Espanya i el seu model incloïa dos límits; en primer lloc, que els infractors no fossin reincidents, i en segon lloc, que els mateixos infractors reconeguin prèviament els fets imputats.

A finals de l'any 1998 el "Departament de Justícia de la Generalitat de Catalunya" va crear un programa pilot de mediació i reparació per la Jurisdicció Penal d'adults. La funció d'aquest programa de mediació-reparació es centra en intentar resoldre el conflicte de fons originat pel delicte, enfrontant a la víctima amb l'autor dels fets, mitjançant el diàleg i amb la presència d'un mediador imparcial. Aquest procés només era possible amb la participació voluntària de les parts i ha de finalitzar amb la signatura d'un acord que estableixi les formes de reparació del dany causat a la víctima per la comissió del fet delictiu.

¹¹ "La experiencia en adultos en España" Oficina de ayuda a la víctima del delito, Generalitat Valenciana (1994)

¹² González Cano, M^a Isabel: "Experiencias de mediación en materia de responsabilidad penal de adultos". Mediación penal en España. Tirant lo Blanch (2009) pp. 30 - 32

3. L'ESTATUT DEL MEDIADOR

En qualsevol controvèrsia, generalment resulta difícil iniciar el diàleg entre les parts. La cultura de la mediació proposa tècniques i models diferents segons l'àmbit del conflicte amb l'objectiu d'ajudar als litigants a trobar una solució al conflicte originat. Precisament per això, el mediador és una figura essencial per la resolució dels conflictes sobre els qual s'ha d'iniciar el Procés de Mediació.

En el marc d'unes futures reformes, el legislador hauria d'incorporar la composició i estatut del mediador. La Decisió Marc 2001/220JAI en fa referència al definir que les tècniques de mediació s'han de realitzar per "una persona competent", però sense major concreció. Juntament a aquesta Decisió Marc, la Recomanació R (99) 19 proposa que els serveis de mediació es regulin per normes o estàndards reconeguts i la necessitat de desenvolupar normes de competència i regles ètiques de procediments de selecció, formació i avaluació dels mediadors. Les referències a la independència i imparcialitat de les persones que intervinguin com a mediadors, així com el seu deure de confidencialitat, es reiteren en la pròpia Recomanació R (99) 19.

Tot i l'absència de regulació sobre quines són les facultats, obligacions i incompatibilitats de la persona medidora, els qui estudien aquest sistema de resolució de conflictes consideren que la mediació s'hauria de realitzar per un equip multidisciplinari format per un jurista, un psicòleg i un treballador social, o un educador social. De la lectura de diferents textos sobre la l'estructura l'Estatut del mediador, podem fer referència a quines pautes¹³ haurien de concórrer en una futura regulació en aquest sentit.

En primer lloc, respecte als requisits per l'exercici de la mediació serien els següents:

- La titulació de Diplomatura o Llicenciatura o Grau universitari que atribueixi coneixements generals sobre l'assumpte sotmès a mediació. Preferentment hauran de ser persones advocades, psicòlegs, treballadors socials o educadors socials.
- Estar en possessió del Títol de grau o postgrau que justifiqui una determinada formació en l'àmbit de la mediació.
- Acreditar més d'un any d'experiència en l'àmbit de la mediació.
- Formar part d'una entitat amb o sense ànim de lucre en la condició de mediador, i en defecte, d'un Servei nacional o autonòmic de mediació i conciliació.

¹³ González Cano, M^a Isabel: "*El equipo mediador: composición y estatuto*". La mediación penal en España. Tirant lo Blanch (2009) pp. 49 - 52

En segon lloc, respecte de les facultats de la persona mediadora haurien d'ajustar-se a les següents:

- Paralitzar la mediació en tots aquells casos que puguin suposar un perjudici per alguna de les parts en conflicte.
- No iniciar el procés quan el mediador entengui que no serà beneficiós per cap de les dues parts.
- Ha d'actuar d'acord al principi de flexibilitat.
- Ha de tenir còpia dels documents del procés que siguin necessaris per el desenvolupament de la funció mediadora.
- Ha de contactar amb la persona acusada i la víctima les vegades que es considerin necessàries, a partir de la comunicació que el Fiscal o el Jutge hagi realitzat a les parts i als seus advocats.
- Ha de realitzar les entrevistes que estimi necessàries amb les parts, prèvia conformitat per participar a la mediació.
- La seva feina ha de tenir lloc en un espai físic habilitat per l'Administració Pública, en dependències judicials, per tal d'atribuir oficialitat al procés.

En tercer lloc, respecte les obligacions expresses del mediador, d'acord amb les garanties d'aquest procés serien:

- Guardar la confidencialitat dels assumptes, sotmesos a la Llei de Protecció de Dades.
- Actuar d'acord als principis d'imparcialitat, neutralitat i objectivitat.
- Iniciar el procés sempre i quan tingui certesa que les parts han decidit participar a la mediació de manera voluntària i lliure.
- No entrevistar-se amb menors sense la presència dels seus representants legals.
- No rebre remuneració de cap de les parts.
- Promoure un acord voluntari i equitatiu entre les parts.
- Vetllar perquè les parts prenguin les seves pròpies decisions i disposin de la informació i assessorament suficients.
- Presentar al Fiscal o al Jutjat, un cop finalitzada la mediació un informe del seu desenvolupament juntament amb l'acta de reparació.

L'Estatut del mediador també hauria d'incorporar tot un seguit de prohibicions. D'aquesta manera, el mediador no podrà exercir com a tal quan tingui vincles amb alguna de les parts o hagi tingut coneixement del conflicte com a conseqüència de l'exercici de la seva professió d'origen. En aquests casos, procediria la seva abstenció o recusació.¹⁴

L'èxit de la Mediació pot dependre, en una o altre mesura, de la intervenció de la figura del mediador. Com recorda el Dictamen Econòmic i Social Europeu sobre la Proposta de Directiva disposa que *“la solvència y la equidad en su intervención, y muy especialmente, la independencia de las partes litigantes, así como la discreción en el procedimiento de mediación, facilitan la efectividad y el buen resultado de la Mediaición”*.¹⁵

¹⁴ Pascual Rodríguez, Esther: *“Las personas mediadoras: Facultades y obligaciones e incompatibilidades de la persona mediadora”* La mediación penal y penitenciaria. COLEX (2008) pp. 136 - 138

¹⁵ Hernández Ramos, Carmelo; Cuellar Otón, Pablo: *“Mediación penal: una introducción metodológica”* Revista del Instituto Universitario de Investigación en Criminología y Ciencias Penales. (2010) pp. 15

4. CARACTERÍSTIQUES FONAMENTALS QUE HAURIEN DE CONCÓRRER EN EL PROCÉS DE MEDIACIÓ PENAL

El procés de mediació s'ha de realitzar d'acord a una sèrie de garanties que ofereixen confiança al ciutadà que es plantegi participar en un procés de mediació, garanties que es persegueixen amb l'aplicació dels següents principis ¹⁶ bàsics:

En primer lloc, i de les més importants, és la **voluntarietat** de les parts. Com he esmentat anteriorment, el procés de mediació consisteix en la participació lliure i voluntària de la víctima i de la persona infractora. No han de participar en un procés de mediació obligades ni coaccionades. Ambdues parts, prèvia informació dels seus drets, naturalesa del procés i les possibles conseqüències de la seva decisió, hauran de donar el seu consentiment voluntari. També és important tenir en compte, que la llibertat per abandonar el procés de mediació és absoluta fins al començament de les sessions del judici oral. Aquesta, és una garantia del dret a defensa disposat a l'article 24 de la Constitució Espanyola de 1978.

En segon lloc, el procés haurà de ser totalment **gratuït** per les parts pel caràcter públic que té el dret penal. Les despeses derivades de la mediació hauran de ser assumides com a pròpies de l'Administració de Justícia. Tot això fa possible que la mediació sigui generalitzable a tota persona que implicada en un procés penal, vulgui assistir al sistema de mediació penal.

En tercer lloc, s'ha de garantir la **confidencialitat** de la informació que s'obtingui en el procés de mediació. Aquesta confidencialitat, afavoreix l'intercanvi de pensaments i informació entre la víctima i la persona infractora. Ni el mediador ni les parts podran utilitzar la informació compartida relativa a l'objecte de la mediació. En aquest sentit, el mediador no podrà intervenir com a testimoni en cap moment del procés de mediació i tampoc en cap procediment administratiu o judicial referent o relacionat amb el conflicte corresponent.

El jutge tampoc tindrà coneixement del desenvolupament del procés excepte la resolució que s'adopti al final, els acords de les parts, i la informació que aquestes expressin en el moment de l'acta de la vista oral.

En quart lloc, s'ha de garantir la **oficialitat**, és a dir, li correspon al jutge, previ acord amb el Ministeri Fiscal, la derivació del casos a l'Equip de Mediació. El desenvolupament d'un procés de mediació no suposa cap límit a l'exercici dels drets que la Llei d'Enjudiciament Criminal i el Codi Penal reconeixen a les parts. En tot cas s'ha de garantir el dret a la defensa. El mediador ha

¹⁶ Cerverlló Donderis, M. *“Características de la mediación penal”*. Valencia. Alfa Delta Digital, 2014 pp.

de salvaguardar els valors i drets fonamentals, com són la igualtat de les parts, el dret a la presumpció d'innocència de l'investigat, el seu dret a defensar-se i el seu dret a la dignitat.

Per la derivació del cas, el jutge o el fiscal hauran de sol·licitar informes previs de manera oral o escrita al Servei de mediació.

En cinquè lloc, la mediació es considera un procés **flexible** pel que fa als terminis específics per realitzar les entrevistes individuals i la seva conclusió. En base a aquest principi de flexibilitat es donarà primacia a la reparació real en front a la simbòlica, i es dona una rellevància important als criteris de les parts sobre la forma més adequada de finalitzar el procés de mediació. En cap cas la determinació del contingut reparador exigint per la víctima pot suposar una pena que excedeixi de les establertes en el Codi Penal.

En sisè lloc, ha de ser un procés **bilateral**, ja que ambdues parts han de tenir oportunitats per expressar les seves voluntats de reparació i acceptació de les mateixes davant del Jutge en l'acte del judici oral, o en qualsevol altre moment processal que posa fi al procediment penal. D'altra banda, aquest principi ofereix la possibilitat que intervinguin a la mediació tercers persones diferents de la víctima o infractor i que estiguin vinculades a la situació-conflicte.¹⁷

En setè lloc, el mediador ha de ser una figura **neutral i imparcial**. La neutralitat consisteix en trobar un equilibri entre les parts durant el procés perquè no pugui existir una posició de superioritat i de força entre elles. Aquest principi bàsic, exigeix la imparcialitat del mediador en les seves relacions amb les parts, fet que implica que el mediador no podrà imposar solucions ni prendre mesures específiques, sinó que en tot moment haurà de tenir en compte els interessos de les parts.

Finalment, també és molt important actuar d'acord amb la **bona fe**, tant el mediador com les parts en conflicte que intervenen en un procés de mediació, amb l'objectiu fonamental d'arribar a un acord just per ambdues parts i amb el compromís de complir aquest acord. Atès que la mediació és un procés voluntari, s'entén que si volen sotmetre's a mediació és pel desig exprés de les parts de posar fi a la situació conflictiva.¹⁸

Juntament a aquests trets essencials del procés de mediació, tal i com han comentat alguns autors com *Rössner, Gimenez-Salinas (1999)* també hem de fer esment a un principi fonamental que regeix la idea de mediació que és la reparació del dany ocasionat a la víctima.

¹⁷ González Cano, M^a Isabel: "*Características esenciales y principios que deben inspirar un modelo de mediación penal*". La mediación penal en España. Tirant lo Blanch (2009) pp. 32 - 35

¹⁸ Martínez Arrieta: "*La mediación y su incorporación al proceso penal español*". Madrid (2002) pp. 14

5. ORÍGENS DE LA MEDIACIÓ PENAL: COM I QUAN SORGEIX LA MEDIACIÓ PENAL

Abans de centrar-nos en els orígens de la mediació penal, és important parlar abans del com i quan sorgeix la Justícia reparadora. Un primer antecedent rellevant i pròxim al model actual, és el fet de posar-se en el lloc de l'altre persona. Fem referència a la unió entre els drets que són inherents als humans i els canvis produïts per les noves filosofies. Així doncs, consisteix en passar del "jo" al "nosaltres". En aquest sentit, l'origen de la Justícia reparadora es vincula amb el naixement de diferents moviments preocupats per la humanització del sistema penal i tenien la finalitat de moderar el patiment que introdueix el delictes i les seves respectives conseqüències.¹⁹ A principis dels anys setanta un d'aquests moviments, conegut amb el nom de "*Alternativas a la prisión*" considerava que el sistema penal es trobava en un moment d'hipertrofia, és a dir, un increment molt elevat, i era conscient del dany que generava i la incapacitat que existia per complir les funcions corresponents. En aquesta mateixa línia, una altra font inspiradora de la Justícia reparadora van ser els moviments a favor dels drets humans de les persones privades de llibertat. Els moviments defensors dels drets de les víctimes van aconseguir introduir una nova disciplina en el món de la Criminologia coneguda com la Victimologia.²⁰

És així com neix la consciència de que el model convencional de Justícia estava obsessionat en el càstig del culpable, i deixava de costat a la víctima que es reduïa a ser utilitzada com una simple prova de càrrec en el sistema penal. De la mateixa manera es va pronunciar el moviment alemany restauratiu i pacificador l'any 1992 amb "*El proyecto Alternativo de Reparación*", dirigit per *Claus Roxin*.

La gran majoria de plantejaments reformistes que es van realitzar, posaven de manifest la necessitat de posar límits al patiment i al dolor evitable que provocava el funcionament ordinari de la Justícia convencional.

La mediació penal - entesa com aquell mecanisme alternatiu de resolució de conflictes, mitjançant la participació voluntària del penat i del perjudicat en un procés de comunicació, amb l'objectiu d'aconseguir la solució del conflicte des d'una perspectiva justa i equilibrada - sorgeix com a resposta a la construcció d'un marc irrenunciable del dret penal de seguretat jurídica que respecta el principi de proporcionalitat i les garanties jurídiques de l'investigat.

¹⁹ María Martini, Carlo i Zagrebelsky, Gustavo: "*La exigencia de la justicia*" Trotta. Madrid. 2006 pp. 27

²⁰ Beristain Ipiña, Antonio: "*Nueva criminología des del Derecho Penal y las víctimas*". Tirant lo Blanch. Valencia (2000) pp. 54 - 60

No obstant, ha basat la seva perspectiva en la consideració dels procediments penals com un procés incompatible entre el culpable i l'Estat.

Aquesta perspectiva, és la que ha allunyat a la justícia penal de les conseqüències que l'acció delictiva tenia per la víctima i de la preocupació per la reparació del dany sofert. També provoca el distanciament de l'infractor amb la possibilitat d'entendre i responsabilitzar-se de les conseqüències que la seva acció ha originat en la víctima.

Com he mencionat anteriorment, a partir dels anys setanta, el moviment en defensa del dret a les víctimes va posar de manifest la falta de consideració dels drets que les assisteixen. Cada vegada amb més intensitat, el sistema de justícia intenta potenciar els drets de les víctimes, la seva participació, la reparació material i moral del dany i la seva protecció i assistència. A partir d'aquí, els organismes internacionals, les Nacions Unides i el Consell d'Europa han motivat recomanacions en aquest sentit, amb la finalitat que els respectius països les vagin incorporant a les seves legislacions corresponents. No obstant això, el fet de millorar el drets que afavoreixen a les víctimes, en el sentit d'una major consideració de la víctima, no pot provocar un menyscabament dels drets del culpable ni tampoc causar una reducció dels marges de tolerància.²¹

Amb l'existència de la mediació, es considera que el delictes, a part de la vulneració d'un bé jurídic, també fa referència a l'expressió del dany produït a la víctima, i per tant, el sistema de justícia penal, ha de tenir en consideració la solució al conflicte entre la víctima i l'infractor.

²¹ Herrera Moreno, Myriam: *“Introducción a la problemática de la conciliación víctima-ofensor. Hacia la paz social por la conciliación”*. Revista de derecho penal y criminología. Madrid. 2002 pp.12 - 13

6. LES PRIMERES EXPERIÈNCIES RELATIVES A LA MEDIACIÓ PENAL

Les primeres experiències internacionals en l'àmbit de la mediació més rellevants van tenir lloc als Estats Units i a Canadà als anys setanta, tenint com punt de partida la importància de la víctima i la reparació del dany que se li ha causat. L'any 1985, la mediació s'inicia a Holanda, Alemanya i Àustria. A França els primers programes tenen lloc al voltant dels anys vuitanta, programes dirigits pels fiscals Valence i Grenoble, amb la participació de les oficines d'atenció a les víctimes.

Respecte de les experiències nacionals, a València, el Jutjat d'Instrucció nº 2, a través d'un conveni amb al Oficina d'Atenció a la víctima, es va iniciar l'any 1993 un programa de mediació amb adults per delictes i faltes. De tots els casos que es van dur a terme el 20% d'aquestes van tenir èxit, enfront d'un altre 20% que van resultar negatius. El 60% sobrant són els casos que o bé es van solucionar sols o bé que van quedar en suspens.²²

A nivell de Catalunya, els primers programes de reparació en l'àmbit de la delinqüència juvenil van començar l'any 1990. Vuit anys més tard, la Direcció General de Mesures Penals Alternatives i la Justícia Juvenil van iniciar un projecte de mediació i reparació d'adults com una experiència pilot. Al juny de 2002 es va realitzar un primer anàlisi per valorar els primers quatre anys de la implantació d'aquest projecte. Aquest anàlisi exhaustiu va concloure que dels 452 assumptes iniciats per mediació, el 66% d'aquestes va arribar a un acord de mediació.²³

²² González Vidosa: *“Mediación: primera experiencia de adultos en España”*. Poder judicial, núm 40. 1995

²³ Vall Rius, A/ Villanueva Rey, N: *“El programa de mediación en la jurisdicción penal ordinaria; un estudio sobre tres años y medio de experiencia*. Generalitat de Catalunya. Centro de estudios jurídicos y formación especializada. (2003)”

7. MARC LEGAL DE LA MEDIACIÓ PENAL

La mediació penal en el dret espanyol manca de normativa. No obstant, a nivell Europeu cal destacar la Decisió Marc del Consell de la Unió Europea de 15 de març (2001/220/JAI), referent a l'estatut de la víctima en el procés penal que textualment estableix el següent: “*Los Estados miembros procuraran impulsar la mediación en las causas penales [...] Velarán para que pueda tomarse en consideración todo acuerdo entre víctima e inculgado que se haya alcanzado con ocasión de la mediación [...]*”.²⁴

Aquesta Decisió marc del Consell de la Unió Europea estableix un marc normatiu d'actuacions a desenvolupar a escala europea amb la finalitat que els Estats membres les incorporin a les seves legislacions corresponents. Concretament, esmenta el conjunt de drets i garanties de les víctimes pel que fa a l'assistència, protecció, indemnització, mediació i cooperació entre els estats membres.²⁵ Aquesta Decisió Marc fa referència explícita a la mediació penal en diversos apartats. D'una banda, podem observar que en el seu article 1 s'estableixen definicions relacionades amb diferents conceptes i concretament, el seu apartat e) defineix la mediació en causes penals com “*la recerca, abans o durant el procés penal, d'una solució negociada entre la víctima i l'autor de la infracció en la qual intervé com a mediador una persona competent.*”²⁶ D'altra banda, els apartats primer i segon de l'article 10 pretenen sol·licitar als Estats membres el desenvolupament de la mediació en les causes penals per a les infraccions que al seu judici considerin que es poden promoure a través d'aquest sistema. A més, els Estats membres han de vetllar perquè els acords als quals hagin arribat la víctima i el culpable amb motiu de la mediació puguin tenir rellevància i siguin exitosos per ambdues parts.²⁷

Respecte a l'article 17 de la Decisió Marc del Consell de la Unió Europea els Estats membres hauran de posar en vigor les disposicions legals necessàries per donar compliment a la declaració establerta, abans del 22 de març de 2006.²⁸ No obstant això, actualment l'Estat espanyol encara no ha fet front a les obligacions legislatives imposades per la Unió Europea. Actualment, la mediació penal només es troba regulada en els casos en que els infractors siguin menors d'edat, segons la Llei Orgànica 5/2000 de Responsabilitat Penal del Menor.

²⁴ Per més informació consultar: <https://www.boe.es/doue/2001.es>

²⁵ Programa marc d'ordenació de l'atenció integral de les víctimes. Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia. (2009)

²⁶ Article 1 apartat e) de la Decisió Marc del Consell de la Unió Europea de 15 de març (2001/220/JAI)

²⁷ Article 10 apartat primer i segon de la Decisió Marc del Consell de la Unió Europea de 15 de març (2001/220/JAI)

²⁸ Article 10 i 17 de la Decisió Marc del Consell de la Unió Europea de 15 de març (2001/220/JAI)

Tot i que l'Estat Espanyol no ha complert amb el compromís adoptat per la Decisió Marc, això no implica que l'absència de regulació impedeixi la pràctica de la mediació a Espanya, però alhora origina inseguretats jurídiques i desigualtats.²⁹

En aquest sentit hi ha una resposta parlamentària escrita 4/001242/0000 de 9 de juliol de 2004, la qual disposa textualment que *“se trata de una cuestión que se aborda dentro de la reforma legal de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, donde se examinarà la conveniència de su incorporación, así como las cuestiones relativas a los tipos penales donde puede aplicarse, a la determinación de los mediadores, los efectos y consecuencias de la misma”*.

Per tant, la finalitat de la DM 2001/220/JAI és la d'oferir a les víctimes un nivell de protecció al marge de l'Estat membre en el qual es trobi³⁰, i és per això, que la mediació penal a la que fa referència la Decisió Marc s'ha de considerar com un instrument orientat a aconseguir aquesta finalitat.

Juntament a aquesta Decisió marc, a nivell supraestatal existeixen diverses resolucions del Consell d'Europa que demanen als Estats membres la incorporació de la mediació i la reparació, així com el reconeixement d'un major protagonisme dels ciutadans en els procediments judicials i en la resolució dels conflictes penals que els puguin afectar.³¹ Entre totes, la més significativa és la Recomanació número R (99) 19 del Consell d'Europa, sobre mediació en l'àmbit penal, que estableix els principis que s'han de tenir en compte per part dels Estats membres per desenvolupar la mediació penal. El seu preàmbul disposa que es valora la necessitat de permetre una participació personal activa en el procediment penal de la víctima, del delinqüent i de tots els implicats com a parts. Es reconeix l'interès legítim de les víctimes per fer sentir la seva veu i es considera important facilitar la reinserció i la rehabilitació de l'infractor.

Cal destacar els articles 3 i 4 de la Recomanació número R (99) 19, els quals estableixen els principis generals de la mediació penal. D'una banda, l'article 3 disposa que la mediació penal hauria de ser un servei generalment disponible, i d'altra banda l'article 4 disposa que la mediació penal hauria de ser possible en totes les fases del procediment penal.

²⁹ Exteberria Guridi, José Francisco: *“La mediación penal en la Decisión Marco 2100/220/JAI y la experiencia española”* pp. 35 - 40

³⁰ Això està disposat al considerant (4) de la Decisió Marc 2001/220/JAI de 15 de març de 2001

³¹ La vinculació entre la mediació i l'assistència a les víctimes apareix en altres texts internacionals: a la Recomanació R (85) 11, de 28 de juny de 1985, sobre la posició de la víctima en el marc del Dret penal i del procés penal; a la Recomanació R (87) 21, de 17 de setembre de 1987, sobre assistència a les víctimes i a la prevenció de la víctima; a la Recomanació R (99) 19, de 15 de setembre, sobre la mediació en matèria penal.

Aquesta resolució recomana als governs dels Estats membres que s'inspirin per a les seves legislacions i els posin en marxa de manera progressiva.

La Recomanació més recent és la R (2006) 8 del Consell d'Europa sobre l'assistència a les víctimes del delictes, que substitueix la Recomanació R (87) 21, i estableix unes directrius més específiques i requereix als Estats membres que progressin en l'àmbit de l'atenció a les víctimes i la protecció dels seus drets i necessitats. Una de les mesures més importants és la que es pot observar en el seu article 13.1 que disposa que l'Administració pública hauria de considerar la possibilitat que ofereix la mediació entre la víctima i l'infractor.³²

Tot i que no existeix regulació respecte aquesta institució, a nivell estatal, la Llei Orgànica 10/1995, de 23 de novembre, del Codi Penal, fa referències i es preveu expressament l'atorgament de determinats beneficis jurídics per la part infractora que repari el dany causat a la víctima a l'article 21.5 del Codi Penal que estableix que es considerarà una circumstància atenuant l'acció per part del culpable de reparar el dany causat a la víctima.³³

La normativa més recent fins al moment és la Directiva 2012/29/UE del Parlament Europeu i del Consell de 25 d'octubre de 2012, la qual estableix normes sobre els drets i la protecció de les víctimes de delictes, i disposen tota una sèrie de pautes per la implantació de la justícia reparadora en els països que integren la Unió Europea. Aquesta Directiva obliga als Estats membres de la Unió Europea a adoptar mesures per garantir que aquelles víctimes puguin vulguin optar per participar en processos de justícia reparadora tinguin accés lliure a aquest sistema de justícia. La resposta a aquesta exigència la podem constatar amb l'entrada en vigor de l'Estatut de la víctima del delictes, que és la Llei 4/2015.

Finalment, hem de tenir en compte que el primer intent de regulació de la mediació penal a Espanya va ser l'avant projecte del Codi Processal Penal. Apareix la necessitat de modificar i adaptar la llei processal de 1882 als nous temps. L'esmentat avant projecte incorpora la mediació penal en els articles 143 a 146. Aquests articles preveuen la introducció de la institució de la mediació com una forma de solució voluntària del conflicte entre l'infractor i la víctima.

A l'exposició de motius s'indica que la incorporació de la mediació en el sistema penal resulta d'obligacions internacionals concretes per Espanya i també a una necessitat reclamada per la pràctica.³⁴

³² Això és el que estableix l'article 13.1 de la Recomanació (2006) 8 del Consell d'Europa sobre l'assistència a les víctimes del delictes

³³ Això es el que es disposa a l'article 21.5 de la LO 10/1995 del Codi Penal, sempre i quan la reparació es produeixi prèvia celebració de l'acta de judici oral

³⁴ Ruiz Sierra, Joana: "*Víctima y mediación penal*". Article doctrinal. 2015

Tant mateix, s'estableix expressament que el model de mediació que s'implanta respecta el principi de legalitat, ja que consideren que la seva incorporació únicament suposa la possibilitat d'introduir en el procés penal un mecanisme voluntari per les parts, amb totes les garanties processals i amb unes conseqüències predeterminades legalment.³⁵

No obstant, aquesta breu regulació fa necessari un desenvolupament normatiu posterior, ja que un dels punts que més crida l'atenció és la inexistència de límits pel que fa als tipus de delictes que es podrien sotmetre a mediació penal.

³⁵ Guardiola García, J: "*Marco legal de la mediación penal*". Alfa Delta Digital. Valencia. 2015 pp. 65 -

8. LA MEDIACIÓ PENAL EN EL DRET COMPARAT

8.1 LA MEDIACIÓ PENAL A ALEMANYA

Un dels països on s'han pogut observar referències corresponents al sistema de la mediació penal és Alemanya. La major part del sistemes continentals, en els quals els principis de legalitat i el d'oficialitat han marcat les pautes d'actuació en el model de justícia penal, la introducció d'una institució des de la qual és possible obtenir acords en seu penal i que aquests puguin tenir conseqüències jurídiques en l'àmbit del propi procés penal resultava preocupant. A Alemanya la introducció legal del sistema de mediació penal i l'acceptació de la justícia reparadora com elements essencials del model penal, van originar moltes discussions. SEELMANN³⁶, va ser el primer autor defensor de les relacions entre la reparació i els fins d'intervenció jurídic-punitiu, plantejant la possibilitat que la reparació pugui convertir-se en el fi del dret penal i posant èmfasi en la funció positiva que pot atorgar-se a la reacció penal davant de la víctima i la societat. Naturalment aquestes opinions també van trobar opositors, entre els quals podem destacar HIRSCH, que rebutjava la consideració de la reparació com una sanció jurídic-penal autònoma amb caràcter propi en el marc de la tercera via, i ho fa des del significat propi que en l'ordenament jurídic s'ha d'atorgar al Dret Penal, essent aquest el de complir amb les pretensions punitives de l'Estat.³⁷

En el dret penal alemany no es parla pròpiament de mediació penal sinó que s'utilitza el concepte de "*Täter-Opfer-Ausgleich*" (TOA), traducció de la qual seria "Autor-Víctima-Compensació", que es tracta d'un instrument que té per objecte reforçar la posició de la víctima en el procés penal.

De les diferents definicions de "*Täter-Opfer-Ausgleich*" (TOA) que ofereix la doctrina Alemanya, la que s'estima més adequada és la presentada per KILCHLING, que considera que el TOA és una oferta que es fa a l'autor i a la víctima, perquè amb l'ajuda d'un mediador, trobin una regulació acceptada i compartida per ambdues parts.

³⁶ SEELMANN Kurt, autor que es dedica a analitzar la incidència que la reparació pot portar al sistema penal. Per ell, la reacció jurídic-penal davant d'un delictes s'ha d'explicar des de la idea d'aconseguir la conciliació de l'autor amb la víctima i la societat mitjançant la reparació.

³⁷ Barona Vilar, Silvia: Situación de la justicia restaurativa y la mediación penal en Alemania. "*Debate doctrinal y político criminal*" Tirant lo Blanch (2009) pp. 237 - 243

La discussió sobre mediació penal a Alemanya s'origina a inicis dels anys vuitanta, com a conseqüència de la influència de projectes model per part d'alguns Estats federats.

La introducció del “*Täter-Opfer-Ausgleich*” (TOA) a Alemanya es produeix l'any 1990 en l'àmbit de la justícia de menors, per incorporar-se definitivament al Dret Penal d'adults l'any 1994 amb la introducció de l'article 46 a)³⁸ en el Codi Penal Alemany.

Conforme a aquest article, el tribunal, en el moment d'imposar la pena, podrà tenir en compte el comportament de l'autor després de la comissió del delicte, i especialment, haurà d'observar els seus esforços per reparar els danys causats, així com per aconseguir una compensació amb la víctima. Així doncs, l'article 46 a) regula els supòsits en els quals el tribunal pot aplicar una atenuació de la pena, o també, renunciar a la seva imposició, sempre i quan, en aquest últim cas es tracti d'una pena privativa de llibertat no superior a un any o a una pena pecuniària de fins a 360 dies de multa. Els pressupòsits necessaris per tal de poder acordar alguna d'aquestes dues solucions són 2:

- En primer lloc, que l'autor hagi intentat acordar una compensació amb el perjudicat (compensació autor-víctima).
- En segon lloc, que l'autor hagi indemnitzat total o parcialment a la víctima.

Posteriorment, les diverses reformes penals es van completar l'any 1999 amb la modificació de l'article 155 a) del Codi Processal Penal que imposa als jutges i fiscals controlar la possibilitat d'aconseguir una compensació entre l'autor i la víctima en qualsevol fase del procés, però en cap cas podrà tenir lloc el “*Täter-Opfer-Ausgleich*” (TOA) en contra de la voluntat expressa de la víctima. Tot i que la facultat per determinar si un assumpte es pot derivar o no a mediació correspon al fiscal o al tribunal, és la persona mediadora la que finalment decidirà si aquell assumpte en concret és possible o no la mediació. Una vegada l'autoritat competent ha derivat l'assumpte a mediació, entren en joc els serveis de mediació existents a la jurisdicció competent.

³⁸ Article 46 a) del Codi Penal Alemany: “**Arreglo entre autor y víctima, reparación del daño**” Si el autor:

1. *En su empeño para lograr un acuerdo con el lesionado (arreglo autor-víctima) haya reparado su hecho enteramente o en su mayor parte o este aspirando seriamente a su reparación;*
2. *En el caso en que la reparación del daño haya exigido por él un considerable desempeño personal o una renuncia importante, indemniza a la víctima enteramente o en su mayor parte, entonces el tribunal puede atenuar la pena de acuerdo con el artículo 49 inciso primero, o puede prescindir de la pena cuando no se ha incurrido en pena grave tal como privación de la libertad hasta un año o multa hasta 360 importes diarios.*

Segons un estudi realitzat per M^a Ángeles CATALINA BENAVENTE, la regulació del “*Täter-Opfer-Ausgleich*” (TOA) es considera defectuosa, ja que no existeix un desenvolupament uniforme a nivell nacional, sinó que es tracta d’una iniciativa que es deixa en mans dels governs dels diferents Estats federats, que en tot cas hauran de respectar el contingut mínim existent en el Codi Penal i en el Codi Processal Penal.³⁹

Tot i les reformes practicades tant en el Codi Penal com en el Codi Processal Penal alemany, cap d’aquestes normatives estableix limitacions al “*Täter-Opfer-Ausgleich*” (TOA) per raó del tipus delictiu. No obstant això, existeixen debats doctrinals sobre la conveniència o la viabilitat de la utilització d’aquest sistema en determinats delictes, així com mesures adoptades pels diferents Ministres de Justícia dels Estats federats per tal d’excloure la mediació en determinats casos.⁴⁰

Són molts els autors que en la doctrina alemanya han realitzat un estudi estadístic sobre el creixement de número d’assumpes sotmesos a mediació entre la dècada dels 80 fins a l’actualitat. En aquest sentit, a la dècada dels 80 es van sotmetre a mediació un 1.500 casos i avui en dia podríem parlar d’uns 20.000 casos. D’altre banda també és interessant observar el tipus de delictes que es va portar al TOA. En relació amb els subjectes-víctimes es pot destacar que el 95% són víctimes persones físiques, dels quals el 62% són homes i el 38% són dones, i el 5% són víctimes persones jurídiques. Respecte al dany causat, el 43% de les víctimes tenien lesions corporals, el 23% pèrdues materials, i el 20% danys psicològics.

En qualsevol cas, no són aplicables els resultats estadístics obtinguts en el cas de menors, i en el supòsits dels adults. En el cas dels menors el 75% es van desenvolupar a través de mediació directa, consistent en el “*cara a cara*”, mentre que en el cas dels adults només en un 55% va tenir lloc una mediació directa, en la resta de supòsits predomina una mediació indirecta.

Finalment, també és important determinar l’índex d’acords que s’aconsegueixen entre l’autor i la víctima del dany. En aquest sentit, s’ha observat que en el 80% s’arriba a un acord total, en un 15% un acord parcial, i només en un 5% no s’arriba a cap acord.⁴¹

³⁹ Catalina Benavente, M^a Àngeles: “*Breve acercamiento a la mediación penal en Alemania*”. Cuaderno electrónico de estudios jurídicos nº 3 (2014) pp. 15-18

⁴⁰ Barona Vilar, S: *La mediación penal para adultos: “Situación de la justicia restaurativa y la mediación penal en Alemania”*. Tirant lo Blanch. Valencia (2009) pp. 120 - 123

⁴¹ Barona Vilar, Silvia: *Situación de la justicia restaurativa y la mediación penal en Alemania. “Datos estadísticos. Número asuntos y materias sometibles. Caracteres de los sujetos delincuentes-víctimas”* Tirant lo Blanch (2009) pp. 278 - 280

Respecte a la legislació alemanya se'n deriven una sèrie de conseqüències. Des del punt de vista positiu, es poden enumerar un conjunt de factors identificables a la regulació alemanya de la mediació entre la víctima i l'infractor. En primer lloc, la possibilitat que la mediació tingui lloc en qualsevol moment pre-processal o processal. En segon lloc, la mediació penal a Alemanya és factible tant pels infractors menors d'edat com pels adults.

Des del punt de vista negatiu, existeixen altres factors del TOA com, la inexistència de regulació taxativa de la mediació, tant pel que fa a la seva estructura com organització, fenomen que per algun sector de la doctrina es pugui considerar un element inhibidor de la mateixa. Un altre efecte negatiu és que implica una solució del conflicte sense les garanties que comporta el sistema o el model clàssic de justícia, que a més, significa actuar en contra dels fins preventius dels propis interessos de les víctimes.

Els dissidents consideren que el TOA no ofereix les mateixes garanties i possibilitats que el sistema penal clàssic.

8.2 LA MEDIACIÓ PENAL A FRANÇA

Les primeres experiències respecte a la institució de la mediació penal, apareixen a la dècada dels anys 80, i són fruit de la iniciativa personal de Magistrats, conscients de la inadaptació de la Justícia davant la "petita" delinqüència. El context en el qual sorgeixen aquestes primeres experiències és molt concret: barris ocupats per descendents de comunitats diverses i desfavorides i amb dificultats que genera una delinqüència molesta formada per petits actes de vandalisme, furts i conflictes de veïnatge. Jaques FAGET puntualitza que l'aparició de la mediació a França⁴² és el resultat d'un procés ideològic, a la contestació d'institucions repressives considerades lentes i ineficaces. Aquestes primeres manifestacions de regulació de conflictes extra-judicial a França apareixen fonamentades en el principi d'oportunitat van tenir suport estatal, tot i que van sorgir de forma desordenada i sense una gran uniformitat. No obstant això, com a conseqüència de ser un model desordenat, va tenir lloc un procés d'institucionalització que va començar amb la Nota Orientació del Ministeri de Justícia de 3 de juny de 1992, i es consolida amb l'aprovació de la Llei n° 93-2, de 4 de gener de 1993, de reforma del procediment penal, i que incorpora la mediació penal. Aquest procés d'institucionalització de la mediació penal té lloc per raons de desconfiança per part dels juristes que preveïen una amenaça potencial contra el seu monopoli en l'àmbit jurídic.

Com he esmentat anteriorment, les primeres experiències en matèria de mediació penal a França es posen en marxa a la dècada dels 80 sense l'existència d'una normativa expressa al respecte.

⁴² Etxeberría Guridi, José Francisco: El modelo francés de mediación: "*Origen de la mediación penal en Francia*" Tirant lo Blanch (2009) pp. 181 - 182

L'ordenament francès s'ha decantat pel sistema de la oportunitat en la persecució dels fets punibles. L'aplicació del principi d'oportunitat⁴³ pot delimitar-se en dos moments diferents; d'una banda, abans de l'exercici de l'acció penal; i d'altra banda, un cop que l'acció penal s'està exercitant.

L'ordenament processal francès no inclou una definició del que hem d'entendre per mediació penal. L'article 41-1 CPP es limita a indicar que la opció d'aquesta mesura correspon al Fiscal i que és necessari l'acord entre les parts. L'essencial Nota orientadora del Ministeri de Justícia, de 3 de juny de 1992, estableix la mediació en matèria penal com un procés que consistia en “*buscar, mitjançant la intervenció d'un tercer, una solució lliurement negociada entre les parts d'un conflicte*”. Un primer tret característic de la mediació penal és que es fonamenta en el “principi del consens”. No obstant això, la Nota orientadora va més lluny, al declarar que el consens no es limita a manifestar un acord previ entre les parts, sinó que implica la seva participació activa en la cerca d'una solució. La segona característica del model de mediació penal a França és la seva institucionalització en el marc judicial. En efecte, l'article 40-1 CPP estableix que correspon a la Fiscalia, en exercici de les seves facultats d'oportunitat, decidir sobre la incoació del procediment de persecució, arxiu de la causa o la aplicació d'un sistema alternatiu. Un altre tret característic⁴⁴ del model de mediació penal ve determinat pel tipus d'infracció al qual es pretén aplicar. L'ordenament francès en cap moment determina expressament l'àmbit objectiu sobre el qual ha de recaure la mediació penal. La Nota orientadora afirma que la mediació penal es considera particularment útil respecte de les infraccions que tenen lloc en un context relacional i que afecten a autors i víctimes que es coneixen i que estan “condemnadés” a viure junts o en proximitat.

Els objectius⁴⁵ de la mediació penal es van definir a la Llei n° 93-1, de 4 de gener de 1993, de la següent manera: el Fiscal recorrerà a la mediació quan es consideri que aquesta mesura serà susceptible d'assegurar la reparació del perjudici causat a la víctima, de posar fi al desconcert resultant de la infracció i de contribuir a la reinserció de l'autor dels fets. Així doncs, el primer dels objectius que fonamenten la mediació és la reparació del perjudici causat a la víctima.

⁴³ Etzeberria Guridi, José Francisco: El modelo francés de mediación: “*El principio de oportunidad como fundamento normativo de la mediación penal*” Tirant lo Blanch (2009) pp. 186 - 190

⁴⁴ Etzeberria Guridi, José Francisco: El modelo francés de mediación: “*Características de la mediación penal*” Tirant lo Blanch (2009) pp. 199 - 201

⁴⁵ Etzeberria Guridi, José Francisco: El modelo francés de mediación: “*Objetivos de la mediación penal en Francia*” Tirant lo Blanch (2009) pp. 201 - 208

Les modalitats de reparació del dany causat a la víctima poden ser molt diverses. Al respecte, podem distingir tres dimensions en la reparació respecte de la víctima:

- Una reparació econòmica o material.
- Una reparació simbòlica.
- El restabliment del vincle social.

La mediació permet a la víctima expressar els seus sentiments i perjudicis causat per la infracció i la forma de reparar-los. La víctima pot escoltar a l'autor, comprendre perquè han tingut lloc els fets, els context que els ha afavorit, etc. Es considera que el diàleg entre la víctima i l'infractor "humanitza" el fet delictiu.

El segon objectiu de la mediació consisteix en posar fi al desconcert o pertorbació causat per la infracció. És una mesura a través de la qual es pot aconseguir la reparació de la relació debilitada pel conflicte i també ajuda a la reintegració dels protagonistes del conflicte a la vida social.

El tercer, i últim objectiu de la mediació penal, es la reinserció de l'autor del fets. Es permet que siguin les parts les que assumeixin el protagonisme en la resolució del seu conflicte.

També implica la obligació per l'autor dels fets de reconèixer la il·legalitat dels seus actes i de reparar el perjudici causat a la víctima. No obstant això, també ha de ser conscient de les conseqüències negatives que els seus actes provoquen a la víctima.

En el marc legislatiu no existeix cap límit pel que fa a l'àmbit objectiu⁴⁶ de la mediació penal a França. El CPP no concreta quines infraccions poden ser susceptibles de mediació penal. Com a conseqüència de l'absència de criteris legals hem de tenir en compte els criteris que recull la Nota orientadora de 3 de juny de 1992, que com hem esmentat anteriorment, afirma que la mediació penal serà útil respecte de les infraccions que s'originen en un context relacional, que afecta a autors i víctimes que es coneixen i estan "condemnaes" a viure junts o en proximitat. La inexistència de criteri legal respecte del l'àmbit objectiu de la mediació penal, queda vinculada a la política penal dirigida per la Fiscalia. En les primeres experiències de mediació a Valence i Grenoble es va optar per elaborar un llistat de categories d'infraccions, tot i que al poc temps aquesta opció es va descartar. Les Fiscalies seleccionen discrecionalment, en exercici de les seves facultats d'oportunitat, els assumptes que es poden derivar a la mediació penal. Aquesta selecció respon a la política local i a la sensibilitat del Fiscal que decideix. Per tant, la manca de criteris legals i considerant les pràctiques seguides per part de les Fiscalies, sembla evident que l'aplicació de la mediació es limita a les infraccions de menor gravetat.

⁴⁶ Etxeberria Guridi, José Francisco: El modelo francés de mediación: "*Ámbito objetivo de la mediación penal*" Tirant lo Blanch (2009) pp. 213 - 217

9. ESPECIAL REFERÈNCIA ALS ASPECTES CRÍTICS DE LA MEDIACIÓ PENAL

Els escèptics de la mediació penal han expressat diverses crítiques⁴⁷ respecte a aquests sistema alternatiu extra-judicial de resolució de conflictes, que són les següents:

- Es produeix la vulneració de la presumpció d'innocència. No podem deixar de banda, que el jutge única i exclusivament ha de tenir en compte els fets provats per dictar sentència i el fet d'assistir a un procés de mediació no es pot considerar un mitjà probatori de culpabilitat del subjecte.
- La poca transparència i publicitat del sistema de mediació penal, fet que pot comporta l'absència de la majoria de les garanties mínimes de qualsevol procés judicial.
- La forma de configuració de la solució del conflicte.
- Les greus limitacions que per raó de l'eficàcia suposa la manca de poders coercitius en els subjectes que resollem, fet que impedeix dictar mesures cautelars o iniciar procediments executius.
- L'“*alegal·litat*” de les experiències “pilot” de mediació penal en alguns jutjats d'Espanya. Des de fa uns anys s'estan realitzant algunes experiències, en les quals es compta amb l'aprovació del jutge o el fiscal, i es deriven alguns caos a l'equip de mediació per entendre que donades les seves característiques es podrien gestionar a través de la mediació.
- Hem de destacar que la mediació penal no està regulada a l'Ordenament Jurídic espanyol i que algunes de les referències que es fan sobre aquest mecanisme és per prohibir-lo com per exemple a la Llei de Protecció Integral de la Violència de gènere a l'article 44 apartat cinquè. Com hem pogut observar durant la lectura del present treball, la mediació només està regulada a la Llei de Responsabilitat Penal del Menor.
- La incorporació de la mediació penal en el marc processal penal espanyol actual provoca un xoc entre tot un seguit de principis com els principis de necessitat, el principi acusatori, el paper del Ministeri fiscal, el principi de legalitat, entre d'altres.
- El principi de legalitat ofereix indisponibilitat a les normes, la qual cosa implica que el procediment penal tingui caràcter necessari i exclou la possibilitat de qualsevol acte de disposició o acord per solucionar el conflicte originat pel fet delictiu. En aquest context, la mediació no seria possible.

⁴⁷ Belloso Martín, Nuria: Una mirada hacia la justicia Restaurativa: “*Mediación penal: ¿Beneficios reales o potenciales?*” Revista de Criminología y Justicia (2010)

- Finalment, el principi d'oportunitat es configura com un element corrector de la rigidesa del principi de legalitat, per tal que es pugui tenir un àmbit de discrecionalitat sobre l'exercici de l'acció penal.

Aquest principi regeix en les legislacions d'alguns països del nostre entorn, com per exemple, França, Dinamarca, Noruega, però no en el nostre Ordenament Jurídic, la qual cosa dificulta l'acceptació de la mediació a Espanya.

Així doncs, la mediació encara tindria pendent la correcta comprensió i implantació com a complement a l'Administració de Justícia per la solució de determinats conflictes i litigis. Hauria de regular-se i institucionalitzar-se a través d'un sistema públic de mediació, incorporat a la l'Administració de Justícia i que depengui del Ministeri de Justícia. La mediació, només podria funcionar com una mediació intra-judicial, que permeti un aprofitament dels beneficis que comporta aquest sistema alternatiu de resolució de conflictes.

10. CONCLUSIONS

Amb la realització d'aquest treball he pogut conèixer en que consisteix aquest mètode alternatiu de justícia, essent la principal finalitat aconseguir la solució més justa a un conflicte originat per la comissió d'un delictes. Dit d'un altre manera, es tracta d'un procés democràtic i flexible, que amb la finalitat de reparar el dany sofert per la víctima, i amb la presència d'un mediador les parts en conflicte es comuniquen i estableixen un diàleg, que en qualsevol cas hauria de donar lloc a la reparació o compensació del dany causat. Per tant, sempre participaran dues parts i un tercer que realitzarà la funció de mediador del diàleg i l'acord.

Una de les qüestions que més dubtes m'ha suscitat a l'hora de plantejar la conveniència o no d'introduir el sistema de mediació penal com un mètode alternatiu al procés penal vigent en el nostre ordenament jurídic, és la referent al possible abandonament de les garanties de les parts en conflicte que tot procés penal comporta i que estan dirigides a la seva protecció. Entre aquestes garanties podem citar el principi d'igualtat d'armes de defensa, el dret a un procés just, el dret de defensa i el dret a la presumpció d'innocència.

Actualment, la mediació en general encara planteja certes qüestions que encara no han trobat resposta com és la seva implantació com a complement a l'Administració de Justícia per la solució de determinats litigis. Tant mateix, seria essencial la màxima difusió per tal que els ciutadans puguin conèixer en que consisteix aquest sistema, el seus beneficis i inconvenients, i així poder decidir lliurement si volen o no participar en un procés de mediació. Com he esmentat a l'apartat anterior, considero que la mediació penal només pot funcionar com un suplement de l'Administració de Justícia, és a dir, que només podria produir efectes positius, en el cas que es tractés d'una mediació penal intra-judicial. Així doncs, l'exigència d'un control de les condicions prèvies a la derivació d'un assumpte penal sempre haurà de ser decisió del Fiscal o del Jutge.

En un Estat de Dret com el nostre, no podem deixar de banda que qualsevol decisió d'un òrgan ha d'estar prèviament regulada per la Llei. Dit d'una altra manera, haurà de ser la Llei processal la que atorgui la facultat al Fiscal o al Jutge de decidir la derivació d'un cas a un procés de mediació penal. També es essencial que la Llei concreti amb exactitud les condicions i pressupòsits que s'han de valorar per tal de poder sotmetre un assumpte a mediació.

En el supòsit que s'instaurés un sistema de mediació privada, donaria lloc a possibles riscos com per exemple, pressions per part de l'infractor a la víctima per arribar a un acord i així evitar la presó, o un abús per part de la víctima exigint actes de reparació desproporcionats que excedeixin els límits legals establerts.

Un altre aspecte important a tenir en compte és que la Llei hauria de proporcionar un Estatut professional del mediador en el qual es disposi els principis necessaris i essencials del procés de mediació, facultats, obligacions i incompatibilitats de la persona mediadora, els diversos col·legis professionals, entre d'altres.

Hem de ser conscients que deixant de banda el possible acord entre la víctima i l'infractor, de la mediació en definitiva encara ha de quedar la responsabilitat penal de l'investigat, ja que en el nostre sistema penal vigent el *ius puniendi* correspon a l'Estat i no sembla procedent fer dependre el seu exercici de la voluntat o acord dels particulars, pel simple fet de no ser-ne els titulars. En el cas que no fos així, s'estaria facultant a la víctima per a decidir sobre el càstig que pugui correspondre a l'infractor i com a conseqüència d'això obtindríem la privatització dels efectes del delictes. Per posar exemple, en el cas que es tractés d'un procés de delictes sexual considero que la mediació no s'hauria de permetre en cap cas, ja que la víctima generalment pot patir un estrès posttraumàtic, fet que impediria que la víctima no tindria la serenitat suficient com per decidir si es vol sotmetre o no a aquest sistema.

A les primeres pàgines del treball on he parlat de l'actual marc legal de la mediació penal a escala europea i estatal, he fet referència a la Recomanació de l'any 1999 del Comitè de Ministres del Consell d'Europa, y sobre tot de la Decisió del Consell Europeu de 15 de març de 2001 relativa a l'estatut de la víctima en el procés penal, on es disposada que "*Los Estados Miembros procuraran impulsar la mediación en causas penales para las infracciones que a su juicio se presten a esta tipo de medida*". Com bé diu la mateixa paraula, considero que estaríem davant d'una recomanació i no pas davant d'una obligació per part dels Estats Membres ja que la paraula que s'utilitza és la de procurar la mediació penal, però en cap cas obliga a la seva introducció en el nostre sistema. Aquest és un altre fet que planteja certs dubtes sobre la conveniència o no d'incorporar la mediació en el nostre ordre jurisdiccional.

Un dels arguments que he pogut observar a favor de la implantació de la mediació en procés penal seria el de reduir el número d'assumptes penals que arriben als nostres òrgans jurisdiccional com un mecanisme de descongestió d'un sistema de justícia penal que es troba sobrecarregat. En aquesta línia, soc del parer que en el cas que la mediació fos introduïda en el sistema penal espanyol, hauria d'excloure's la seva utilització un cop dictada sentència, és a dir, pel que fa a l'execució o efectes de la condemna.

Finalment dir, que m'han sorprès determinades afirmacions en la lectura de diversos llibres o revistes, ja que transmeten la impressió de que es tracta d'un sistema completament implantat al nostre sistema de justícia penal sense posar de manifest que aquesta introducció no ha tingut encara lloc i que fer-ho comportaria posar en qüestió postulats del nostre sistema penal vigent que es consideren del tot essencials o de caràcter estructural.

També he trobat a faltar a la doctrina un pronunciament sòlid sobre les conseqüències tant positives com negatives que pot aportar la introducció de la mediació en causes penals.

11. BIBLIOGRAFIA

- Aguilera Morales, Marien: "Sobre la Mediación Penal". (2014) ARANZADI. Madrid
- Aguilera Morales, Marien: "La mediación penal: ¿Quimera o Realidad?" (2011) Article publicat a la revista Redur
- Álvarez Ramos, Fernando: "Mediación penal juvenil y otras soluciones extrajudiciales" International e- Journal of Criminal Science (2008)
- Barallat López, Juan: "La mediación en el ámbito penal" Revista Jurídica de Castilla i Lleó nº 29 (2013)
- Barona Viar, Silvia: "LA MEDIACIÓN PENAL PARA ADULTOS: Una realidad en los ordenamientos jurídicos" (2009) Tirant lo Blanch. Valencia
- Bellosó Martín, Nuria: "Anotaciones sobre alternativas al sistema punitivo: la mediación penal" Revista Electrónica de Dret Processal (2011)
- Castillejo Manzanares, Raquel: "El nuevo proceso penal: la mediación". Revista de dret i procés penal nº 23 (2010)
- Cruz Márquez, Beatriz: "La mediación en la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores: conciliación y reparación del daño" Revista electrónica de Ciència penal i Criminologia (2005) Extremadura
- Cuadrado Salinas, Carmen: "La mediación: ¿Una alternativa real al proceso penal? Revista electrònica de Ciència Penal i Criminologia (2015)
- Gordillo Santana, Luis: "Los principios constitucionales y las garantías penales en el marco del proceso de mediación penal". Article publicat a la Revista Redur (2005)
- Gorjón Gómez, Francisco Javier/Martiñon Cano, Gilberto: "Mediación Penal y Justicia Restaurativa" Tirant lo Blanch (2014)
- Gordillo Santa, Luis: "La justicia iusnaturalista y la mediación penal" (2007) IUSTEL. Madrid
- Isbiai, Sonia: "La médiation dans le champ pénal: la médiation réparatrice et la médiation pénale". Dossier médiation (2013)
- Manzanares Samaniego, José Luis: "Mediación, reparación y conciliación en el derecho penal" (2007) COMARES. Granada
- Martínez García, Elena: "Mediación en el proceso penal en España". Revista de Derecho (2011)
- Martínez Soto, Tamara: "Mediación penal y su implantación en España" Revista internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje (2011) Madrid
- Olavarría Iglesia, Teresa: "El ministerio fiscal en los procesos de mediación" Article doctrinal (2008)

- Ortuño Muñoz, José Pascual/Hernández García, Javier: “Sistemas alternativos a la resolución de conflictos (ADR): la mediación en la jurisdicción civil y penal” (2007) Madrid
- Pérez-Salazar, Margarita/Ríos Martín, Julián Carlos: “LA MEDIACIÓN CIVIL Y PENAL. UN AÑO DE EXPERIENCIA” (2007) Consejo General del Poder Judicial. Madrid
- Del Río Fernández, Lorenzo: “Mediación y cambio cultural: hacia una nueva filosofía penal” (2012) Revista Mediaria. Andalucía
- Ríos Martín, Julián Carlos/Pascual Rodríguez, Esther: “LA MEDIACIÓN PENAL Y PENITENCIARIA: Experiencias de dialogo en el sistema penal para la reducción de la violencia y el sufrimiento humano” (2008) COLEX. Madrid
- Ríos Martín, Julián Carlos/Pascual Rodríguez, Esther: “Justicia restaurativa, mediación penal y penitenciaria: un renovado impulso” (2012) REUS. Madrid
- Segovia Bernabé, José Luis: “MEDIACIÓN PENAL Y PENITENCIARIA: 10 años de camino” Fundación AGAPE (2010) ART&PRESS Madrid

12. WEB- GRAFÍA

- <http://www.dialnet.uniroja.es>
- <http://www.fundacionmediaria.es>
- <http://www.itermediadores.org>
- <http://www.justicia.gencat.cat>
- <http://www.noticiasjuridicas.com>
- <http://www.restorativejustice.org>
- <http://www.vorp.com>