



ESCUELA DE PRÁCTICA JURÍDICA
SALAMANCA



VNIVERSIDAD
D SALAMANCA

CAMPUS DE EXCELENCIA INTERNACIONAL

TRABAJO FIN DE TÍTULO
MÁSTER EN ACCESO A LA ABOGACÍA

Curso 2015/2017.

MEDIACIÓN PENAL EN ADULTOS

Nombre de la estudiante: Rita Nairobi Ojeda Soler

Tutor: Nicolás Rodríguez García.

Diciembre 2016

La Mediación Penal en Adultos

**TRABAJO FIN DE TÍTULO
MÁSTER EN ACCESO A LA ABOGACÍA**

**MEDIACIÓN PENAL EN ADULTOS
CRIMINAL MEDIATION IN ADULTS**

Nombre del/la estudiante: Rita Nairobi Ojeda Soler
e-mail del/a estudiante: rnojedasol@gmail.com

Tutor/a: Nicolás Rodríguez García

La Mediación Penal en Adultos

RESUMEN

El presente trabajo se basa en un análisis de la Mediación Penal, la principal herramienta de la Justicia Restaurativa. Es necesario generar una base teórica de ambos conceptos para contextualizar este método de resolución de conflictos alternativo al proceso penal común. Concretamente hablaremos de la mediación Penal en adultos, la cual carece de regulación en España, que ha hecho caso omiso a la Directiva Europea que así lo impone. Conoceremos sus modalidades, las fases que lo compone, los principios reguladores de la citada institución, su ámbito de aplicación, así como las ventajas e inconvenientes que presentan.

Nos detendremos a analizar las partes que intervienen en el proceso de mediación, destacando la importancia que tiene el resarcimiento de la víctima y lo positivo que le resulta participar de manera activa en conseguirlo. Así como el estatuto jurídico del mediador.

Finalmente nos acercaremos a las Comunidades Autónomas Españolas que han usado la mediación penal para resolver hechos constitutivos de delitos penales.

PALABRAS CLAVE: Mediación Penal, Justicia Restaurativa, Víctima, Infractor, Mediador/a.

ABSTRACT

The present work is based on an analysis of the Criminal Mediation, the main tool of Restorative Justice. It is necessary to generate a theoretical basis of both concepts to contextualize this alternative conflict resolution method to the common criminal process. Specifically we will talk about criminal mediation in adults, which lacks regulation in Spain, which has ignored the European Directive that imposes this. We will know its modalities, the phases that compose it, the regulatory principles of that institution, its scope of application, as well as the advantages and disadvantages that they present. We will stop to analyze the parties involved in the mediation process, highlighting the importance of the victim's compensation and how positive it is to participate actively in achieving it. As well as the legal status of the mediator.

Finally we will approach the Spanish Autonomous Communities that have used criminal mediation to resolve acts constituting criminal offenses.

KEYWORDS: Criminal Mediation, Restorative Justice, Victim, Offender, Mediator.

La Mediación Penal en Adultos

LA MEDIACIÓN PENAL EN ADULTOS

I.	Introducción.	6
II.	La Justicia Restaurativa y sus Garantías.	7
III.	Mediación Penal en nuestro Ordenamiento Jurídico.	10
	1. Concepto Mediación Penal.	10
	2. Regulación Jurídica.	12
	3. Modalidades.	15
	4. Las Partes.	17
	4.1. La Víctima	17
	4.2. El Infractor.	
	4.3. Derechos y Deberes de la Víctima y el Infractor.	20
	4.4. El/La Mediador/a. Su estatuto jurídico.	20
	5. Principios Reguladores de la Mediación Penal.	
	El Principio de Oportunidad.	25
	5.1. Principio de Oportunidad en el Anteproyecto de LECRIM.	
	6. Ámbito de aplicación.	28
IV.	El Procedimiento de Mediación en el Orden Penal.	29
	1. El papel del abogado.	29
	2. El Acto de Mediación. Fases.	30
V.	Ventajas e Inconvenientes de la Mediación Penal.	35
VI.	Comunidades Autónomas Españolas Pioneras en Mediación Penal.	38
VII.	Conclusiones.	42
VIII.	Bibliografía.	45

La Mediación Penal en Adultos

I. Introducción.

En el presente trabajo centraré mi análisis en la Mediación Penal en adultos desde su origen directo, la Justicia Restaurativa. Con una aproximación conceptual donde conoceremos quienes son las figuras que conforman este método, las diferentes modalidades que presentan, sus ámbitos, así como los derechos de las partes, con especial incidencia en la figura del mediador y su régimen jurídico. Las fases y principios que en él se hallan. También haremos una breve alusión a las ventajas e inconvenientes de la mediación en el ámbito penal y a las comunidades autónomas pioneras en introducir la mediación penal.

Aunque acabemos de pasar unos años de intensa reforma legislativa, no se ha llegado a asentar de una manera completa la regulación de la mediación penal en nuestro país, y ello, es debido quizás a que no se ha producido en nuestra sociedad un cambio de mentalidad, ya que siempre relacionamos la solución de los conflictos con los juzgados, e imposiciones de penas por parte de nuestros jueces y tribunales.

En mi opinión, sería necesario que diéramos paso a la mediación penal en adultos, mediante su regularización. Pues aunque con el proceso penal, se puede llegar a esclarecer el hecho que ha sido denunciado, la responsabilidad del procesado y la imposición de una pena al mismo, no siempre esto es garantía de resarcimiento a la víctima, además de tener en cuenta lo traumático que puede ser. Como decía RADBRUCH *“Debemos dar a nuestra sociedad no un mejor derecho penal, sino algo mejor que el derecho penal”*.

Hablamos de una alternativa a la resolución de conflictos penales que ha dado lugar a que se reclame la incorporación de la mediación penal en el Ordenamiento Jurídico Español, para que así pueda hacerse efectiva una práctica, en la que las partes del conflicto son las encargadas, con la ayuda del mediador, de poner solución a la controversia.

Se pretende que sean ellas quienes decidan en común la mejor solución para acabar con el conflicto originado por la comisión de un delito de la manera más justa para ambas partes, que es la reparación del daño causado a la víctima, y estimular al infractor para que tome conciencia acerca de los efectos del delito que ha cometido, para que así no vuelva a reincidir, en vez de permanecer en silencio y aceptar la imposición de una pena, cuya finalidad no es más que su propio castigo y no la reparación del daño que cometió.

Desde punto de vista procesal, España se basa todavía en un sistema retributivo, donde el castigo de los infractores es la pena, usualmente, la privación de libertad, la multa...impuestas por el juez y tras el desarrollo del proceso, donde la víctima no encuentra un acomodo fácil ni satisfactorio.

La Mediación Penal en Adultos

El centralizar el fin de la mediación penal en la reparación a la víctima por el daño sufrido, hace que esta adquiera una notable participación en todo el proceso, decidiendo si quiere acudir o no a esta vía. Si quiero hacerlo cara a cara con el autor, o no, una intervención activa en el dialogo para intentar llegar a un acuerdo, así como tomar decisiones en cuanto al modo de ejecutar el acuerdo si se produjera.

Además de las ventajas que supone para la víctima e infractor, la inclusión de la figura mediación penal supone una participación de los ciudadanos en el sistema de justicia penal, lo que podría suponer un aumento de cohesión social, y un notable desbloqueo en los juzgados penales. Que sigue siendo muy necesario aun después de la refirma del Código Penal, en la que muchas de las antes llamadas faltas han desaparecido de este orden pasando a ser sanciones administrativas.

Pese a que hablemos figura extrajurídica, resta decir que se van a respetar las garantías necesarias para así salvaguardar los derechos fundamentales de victima y agresor.

II. La Justicia Restaurativa y sus Garantías.

Antes de entrar a conocer el concepto de Mediación Penal, es necesario que nos acerquemos a la definición de Justicia Restaurativa, por ser la mediación penal su principal herramienta. Y por compartir ambas figuras una preocupación común que es la protección de la víctima en el sistema penal. Proponiendo una alternativa del proceso y la jurisdicción penal.

Presentan así también conexión ambas figuras en su razón de ser, por cuanto ambas surgen como paliativos a la llamada “victimización secundaria” que se afirma sufren las víctimas en el transcurso del proceso penal¹ ésta llega a mostrarse más pernicioso y perjudicial para la víctima que la “victimización primaria”, que es la derivada de su propia experiencia individual en relación con los perjuicios sufridos a consecuencia del delito (daños físicos, psicológicos, económicos etc).

Tanto en la mediación, como en la Justicia Restaurativa el objetivo fundamental es la reparación del daño, pero, esta institución a la que nos referimos en este punto del trabajo responde a un modelo más amplio, en tanto en cuanto procura una reformulación del Derecho Penal en su conjunto y su finalidad en particular.²

¹ JIMENO BULNES, M. *¿Mediación penal y/o justicia restaurativa? Una perspectiva europea y española*. LA LEY 5646/2015 :

² ETXEBARRIA ZARRABEITIA, X. «Justicia restaurativa y fines del Derecho Penal», en Martínez Escamilla y Sánchez Álvarez. Págs. 47-68.

La Mediación Penal en Adultos

A diferencia de la llamada Justicia Retributiva o Punible la cual se centra en el “castigo del culpable”, la denominada como “restaurativa” se viene definiendo como *“el método de resolver los conflictos que atienden prioritariamente a la protección de la víctima y al restablecimiento de la paz social, mediante el diálogo y el encuentro personal entre los directamente afectados, con la participación de la comunidad cercana y con el objeto de satisfacer de modo efectivo las necesidades puestas de manifiesto por los mismos, devolviéndoles una parte significativa de a disponibilidad sobre el proceso y sus eventuales soluciones, procurando la responsabilización del infractor y la reparación de las heridas personales y sociales provocadas por el delito”*³.

Se entiende por tanto este tipo de justicia, como un movimiento de reforma y modernización del sistema de justicia penal que propugna la reparación integral del daño causado por el delito, como objetivo fundamental. Y el consenso entre víctima, infractor y sociedad como método para la óptima solución del conflicto penal⁴.

Las garantías que ofrece esta institución (muy relacionadas con los principios obrantes de la mediación) respetan los parámetros indeclinables de cualquier proceso. Estas son⁵:

La garantía de autonomía.

En relación al consentimiento informado de la víctima y del infractor, garantía que debe permanecer en todo momento del servicio de Justicia Restaurativa.

Cobra especial importancia la información, en lo que se refiere a los agentes públicos y la función de los abogados/as como orientadores jurídicos. La información en relación con la víctima goza de regulación normativa, así el artículo 5.1 k)⁶ de la Ley del Estatuto de la Víctima del Delito reconoce su derecho a ser informada desde el primer contacto con las autoridades públicas de los servicios de justicia restaurativa disponibles, en los casos en los que es legalmente posible este modelo de justicia.

Sin embargo la información que se debe ofrecer al infractor no esta prevista en la ley.

³ SOLER NOGUERA, I. ;IGLESIAS ORTUÑO, E.; *“mediación penal y justicia restaurativa en europa. estudio exploratorio de la legislación vigente en mediación penal de los países pertenecientes a la unión europea”* Universidad de Murcia. pág. 2.

⁴ SUANZES PÉREZ, «La Justicia restaurativa: Normativa actual en el ámbito de la jurisdicción de menores», en Soluciones alternativas al proceso, Centro de Estudios Judiciales, Estudios del Ministerio Fiscal, pág. 3314.

⁵ CGPJ. Guía práctica para la mediación intrajudicial. Págs, 108-109.

⁶ Ley 4/2005. BOE núm 101, (BOE-A-2015-4606).

La Mediación Penal en Adultos

La garantía de protección de las víctimas.

Esto es, que la derivación del caso a algunas de las técnicas de Justicia Restaurativa únicamente sea factible cuando no exista riesgo de victimización secundaria, reiterada, intimidación o represalias⁷.

Destacar que hay víctimas especialmente vulnerables (por edad, discapacidad...) que no están excluidas de la derivación a técnicas restaurativas. Únicamente precisan de una especial ponderación por el juez, en relación a su libre y voluntario consentimiento.

La garantía de trato como inocente del investigado/acusado.

Esto es que, en relación con la presunción de inocencia que debe primar siempre en los procesos penales, el juez no podrá derivar a técnicas restaurativas el caso hasta que el infractor reconozca los hechos. Pues de no ser así se confrontaría con la regla de tratamiento (tratar al acusado como inocente durante todo el proceso, hasta que haya una sentencia firme, de ahí a que se acompañe siempre el “supuesto” delincuente) y de juicio (obliga a que la declaración de culpabilidad del destinatario de la pretensión penal se asiente en una inequívoca y concluyente prueba de cargo).

Diferente es, el caso de quien ha admitido el hecho, pero por ejemplo no esta de acuerdo con la calificación del mismo.

La garantía de la reparación.

La garantía de reparación que exige la Justicia Restaurativa, como su propio nombre indica sea la restauración del conflicto generado por el delito cometido en términos fértiles para la pacificación individual y social. Desde esta perspectiva, indicadores positivos para la derivación son⁸:

-La necesidad de modificar las dinámicas relaciones de las personas involucradas en el conflicto porque se integran en sistemas comunes (familiares, laborales, profesionales, educativos) o comparten espacios (lúdicos, sociales), lo que alimenta controversias futuras.

⁷ Véase el artículo 15.1 d) de Ley 4/2005. BOE núm 101, (BOE-A-2015-4606). El cual exige que el procedimiento de mediación no entrañe un riesgo para la seguridad de la víctima, ni exista el peligro de que su desarrollo pueda causar nuevos perjuicios materiales o morales para la víctima desde esta perspectiva, el espacio de comunicación debe ser seguro y competente, lo que exige que el juez o tribunal tome en consideración, la naturaleza y gravedad del delito, la intensidad del daño causado a la víctima o la existencia de un contexto de dominación violenta psicofísica o sexual o los desequilibrios de poder entre los integrantes de la interacción conflictiva. (así, considerando 46 de la directiva 2012/29/UE).

⁸ CGPJ. Guía práctica para la mediación intrajudicial. Pág. 110.

La Mediación Penal en Adultos

-La capacidad de las partes para identificar su respectivo interés.

-La voluntad de solución del problema (mirada al futuro) y no de venganza (mirada al pasado).

La garantía de privacidad.

Garantía con varias exigencias, la primera en relación con el secreto profesional de los mediadores⁹ y el deber de sigilo de las partes respecto a lo conocido en el procedimiento de restauración. La segunda, si se celebrara el juicio, no podrá servir de prueba lo ocurrido durante el intento de acuerdo, y la tercera, de culminar con acuerdo, el mismo se entregará a las partes para que procesalmente la gestionen.

III. Mediación Penal en nuestro Ordenamiento Jurídico.

1. Concepto de Mediación Penal.

Atendiendo a la definición literal de mediación, es, *“la intervención de una persona u organismo en una discusión o enfrentamiento entre dos partes para encontrar una solución”*¹⁰. Definición algo escueta para poder saber realmente lo que es esta innovadora técnica, por lo que será necesario que profundicemos en este concepto.

Como decíamos en el punto anterior la Mediación viene necesariamente ligada a la Justicia Restaurativa, pues no deja de ser una práctica de ella, una técnica para poder cumplir sus fines, su principal herramienta.

Para MARTINEZ La mediación es, *“el acto de mediar, en su acepción jurídica, se definiría como el sistema de solución de conflictos, en el cual un tercero se interpone entre los contendientes procurando su reconciliación mediante su asistencia en la obtención del acuerdo. Jurídicamente la mediación es un sistema (método) autocompositivo, complementario a la jurisdicción, extrajudicial y privado de solución de conflictos, voluntario e irritable, que cuenta con la imprescindible e insustituible asistencia de un tercero (mediador) que auxilia y ayuda a las partes en la obtención libre y voluntaria de un mutuo acuerdo pero sin proponer ni imponer el mismo”*¹¹.

⁹ Ley 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. BOE núm. 298, de 14 de diciembre de 1999 (BOE-A-1999-23750).

¹⁰ Diccionario de la Real Academia Española.

¹¹ MARTINEZ EMPERADOR, R. “La mediación: sistema complementario de Administración de Justicia” Pág. 50.

La Mediación Penal en Adultos

Ahora, atendiendo al objeto del trabajo y acercando ese concepto de mediación a un conflicto penal SAEZ lo entiende como *“el sistema de gestión de conflictos en que una parte neutral, en posesión de conocimientos y habilidades técnicas específicas, imparcial e independiente de los actores institucionales del proceso, ayuda a dos o más personas implicadas en un delito o falta en calidad de víctima e infractor –o en ambas posiciones en los supuestos de denuncias cruzadas- a comprender el origen del conflicto, sus causas y consecuencias, a confrontar sus puntos de vista y a elaborar acuerdos sobre el modo de reparación, tanto material como simbólica”*.¹²

El artículo 1 de la decisión marco de 2001, define la mediación en causas penales como *“La búsqueda antes o durante el proceso penal de una solución negociada entre la víctima y el autor de la infracción en la que media una persona competente”*¹³.

De una manera más descriptiva podríamos decir que la mediación es una respuesta alternativa al hecho delictivo, en lugar de acudir al proceso común, se seguirán las vías de un proceso democrático y flexible que, con la finalidad de reparar el daño sufrido por a la víctima, y, ante la presencia de un mediador, las partes involucradas, se comunican y establecen los parámetros del diálogo que pueda dar lugar a la composición o solución del conflicto que, en cualquier caso, deberá conllevar la reparación o compensación del daño causado.

Esta reunión o diálogo entre víctima y ofensor puede ser directa (cuando se decide que el encuentro se realice cara a cara entre víctima y ofensor) o indirecta (cuando un tercero –que puede ser un familiar de la víctima- representa presencialmente a la víctima).

En cualquier caso, siempre existirán dos partes y un tercero que realiza la función de mediador o facilitador del diálogo y acuerdo¹⁴.

¹² SAEZ C. *“ Las miserias del proceso penal”*. Pág, 111.

¹³ DOUE núm. 315, de 14 de noviembre de 2012 (DOUE-L-2012-82192).

¹⁴ CUADRADO SALINAS, C. *La Mediación ¿Una alternativa real al proceso penal?*. Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología.

La Mediación Penal en Adultos

2. Regulación Jurídica.

La mediación penal en el derecho español, carece de normativa, ello pese a que en el ámbito de la Unión Europea se impulsa a los estados a su implantación. Primero, la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo (2001/220/JAI), relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal¹⁵ y la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012, que sustituye a la anterior y por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos.

La citada Decisión Marco ya establecía en sus arts. 10 y 17: "*Los Estados miembros procurarán impulsar la mediación en las causas penales [...]. Velarán para que pueda tomarse en consideración todo acuerdo entre víctima e inculpado que se haya alcanzado con ocasión de la mediación [...]. Los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales necesarias para dar cumplimiento a lo estipulado, a más tardar el 22 de marzo de 2006*".

Ante esta imposición nuestro gobierno ha hecho caso omiso, justificando su inactividad en la respuesta parlamentaria escrita 4/001242/0000 de 9 de julio de 2004 porque "*se trata de una cuestión que se aborda dentro de la reforma legal de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, donde se examinará la conveniencia de su incorporación, así como las cuestiones relativas a los tipos penales donde puede aplicarse, la determinación de los mediadores, los efectos y consecuencias de la misma*"¹⁶.

En cuanto a la Directiva de 2012 supone un avance en rango normativo, al tiempo que una profundización en el régimen de protección de víctimas, que se amplía, se concreta y se extiende en aspectos clave como la información procesal, el acceso al proceso, la definición de garantías básicas, la protección personal, los sistemas de reparación y la formación del personal de atención a las víctimas de delitos¹⁷.

La Directiva obliga a los Estados de la Unión Europea a adoptar medidas para proteger a la víctima, contra la victimización secundaria. Para garantizar que aquellas víctimas que opten por participar en procesos de justicia reparadora tengan acceso a

¹⁵ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:32001F0220>

¹⁶ MONTERO HERNANZ, T. "La mediación penal en España", *Actualidad Jurídica Aranzadi* (AJA), núm. 868, 2013, pág. 8.

¹⁷ Vid. ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, «Sobre el derecho de defensa en la mediación penal», en *Justicia penal y derecho de defensa*, (GUZMÁN/FLORES dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pág. 168.

La Mediación Penal en Adultos

dichos servicios. Fijando el 16 de noviembre de 2015 (art. 27) como fecha última para poner en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias. Dando respuesta a esta exigencia, entra en vigor el Estatuto de la víctima del delito¹⁸.

El primer intento de regulación de la mediación penal en España fue el anteproyecto de Código Procesal Penal presentado por el entonces Ministro de Justicia Sr. Caamaño.

La necesidad de modificar y adaptar a los nuevos tiempos nuestra ley procesal de 1882, culmina con el Anteproyecto de Ley Orgánica para la modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2 de marzo de 2012¹⁹. En su exposición de motivos indica que su regulación obedece a obligaciones internacionales contraídas por España como también a una necesidad social. Se prevé en este anteproyecto que se introduzca la mediación penal como forma de solución voluntaria del conflicto entre víctima e infractor.

Aclara, de manera expresa, que este novedoso modelo de justicia restaurativa respetará el principio de legalidad, el monopolio jurisdiccional, así como todas las garantías procesales.

En la exposición de motivos (XXVI²⁰) aparece el principio de oportunidad, marco donde deber ser comprendida la mediación, y en la que de manera literal se dice *“Ésta no puede consistir en una especie de renuncia del Estado a la titularidad exclusiva del ius puniendi. No se trata de otorgar a los particulares un poder omnímodo de disposición como el que les está atribuido en los estrictos supuestos de delito privado. Al contrario, la mediación ha de concebirse como un instrumento al servicio de la decisión expresa del Estado de renunciar a la imposición de la pena cuando ésta no es necesaria a los fines públicos de prevención y pueden resultar adecuadamente satisfechos los intereses particulares de la víctima.”*

Indica que la mediación tendrá unas consecuencias predeterminadas legalmente pero que no se anudan necesariamente a ella, tales como la apreciación de atenuantes, suspensión de condena, o el archivo por razones de oportunidad.

Por desgracia ese anteproyecto no ha seguido adelante, siguiendo nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882²¹, en la que no hay ninguna alusión a la mediación penal.

La reforma del Código Penal (Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal) Introduce

¹⁸ Ley 4/2015. BOE, núm. 101, 28 de abril de 2015 (BOE-A-2015-4606).

¹⁹ <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/actividad-legislativa/normativa/comisiones-institucionales>.

²⁰ <http://www.juecesdemocracia.es/pdf/anteproyectos.pdf>.

²¹ BOE, núm 260, 17/09/1882. (BOE-A-1882-6036).

La Mediación Penal en Adultos

la suspensión de la pena por el acuerdo de mediación. Así viene reflejado en su exposición de motivos *"Por otra parte, el tradicional régimen de sustitución de la pena pasa a ser regulado como una modalidad de suspensión en la que el juez o tribunal pueden acordar la imposición (como sustitutivo) de una pena de multa o de trabajos en beneficio de la comunidad. Sin embargo, la conversión no se produce de forma automática, sino que se ofrece a jueces o tribunales la posibilidad de moderar su importe dentro de ciertos límites. Asimismo, se introduce como posible condición de la suspensión el cumplimiento de lo acordado entre las partes tras un proceso de mediación, en los casos en que legalmente sea posible"*²²

Así reforma el artículo 84 del antiguo código penal, *"El juez o tribunal también podrá condicionar la suspensión de la ejecución de la pena al cumplimiento de alguna o algunas de las siguientes prestaciones o medidas:*

1.ª El cumplimiento del acuerdo alcanzado por las partes en virtud de mediación."

Además el Código Penal prevé una serie de beneficios jurídicos al infractor que repare el daño a la víctima, que es uno de los objetivos principales de la mediación. Beneficios que se traducen en la atenuación de la pena, así el artículo 21.5 establece como circunstancia atenuante *"La de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral"*²³.

No obstante, sí observamos como existe en nuestro ordenamiento jurídico alusión a la mediación penal²⁴, concretamente en dos textos legislativos que ahora veremos.

Pese a que en ambos se contemple la mediación penal, no opera esta del mismo modo, pues si vamos a la Ley Orgánica 5/2000 de Responsabilidad Penal de los Menores²⁵ vemos como se posibilita el sobreseimiento del expediente por conciliación o reparación entre el menor y la víctima.

Limitado a que el hecho imputado al menor constituya un delito menos grave o leve, al contrario de lo que estipula el artículo 87.ter.5 de la Ley Orgánica 6/1985 del Poder Judicial²⁶, y 44.5 de la Ley Orgánica 1/2004 de Protección Integral contra la Violencia de Género, en los que se establece la imposibilidad de acudir a la mediación penal cuando sean competentes los Juzgados de Violencia sobre la Mujer²⁷.

²² «BOE» núm. 77, de 31/03/2015. (BOE-A-2015-3439).

²³ *Ibidem*.

²⁴ RODRIGUEZ GARCÍA, N., *"Presente y futuro de la mediación penal"*.

²⁵ BOE, núm 11, 13/01/2000. (BOE-A-2000-641).

²⁶ BOE, núm 157, 2/07/ 1985. (BOE-A-1985-1206).

²⁷ BOE, núm 313, 24/12/2004. (BOE-A-2004-21760).

La Mediación Penal en Adultos

Aunque no regule de manera expresa la mediación penal, es necesario que citeamos la Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles, por ser al texto que nos remite el Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal en su artículo 144.1 “*A la mediación penal realizada en instituciones de mediación o por profesionales de la mediación serán aplicables las normas establecidas en los arts. 6.1, 6.3, 7, 8, 10.1, 10.3, 11, 12, 13, 14, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 25 y 26 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.*”

3. Modalidades.

Los criterios utilizados a la hora de clasificar las diferentes modalidades de mediación penal que hay, son dos²⁸:

-Criterio Objetivo; en atención a la edad del infractor. Este sirve para saber si estamos ante una *mediación en menores* regulada como ya hemos visto por la Ley Orgánica 5/2000. O la *mediación en adultos*, que a diferencia de la anterior no está regulada y será en la que centremos el análisis de este trabajo.

-Criterio Temporal; atiende al momento en el que se realiza el acto de mediación, puede ser:

Mediación Preprocesal: Se realiza antes de la incoación del proceso penal. Esta modalidad es de difícil implementación en España, ya que hay delitos que se persiguen de oficio; es decir, aquellos delitos en los que la toma de conocimiento es directa por parte del Ministerio Público, dando inicio a la investigación por parte del Ministerio Fiscal.

Pero podría tener cierta relevancia en aquellos delitos privados y semipúblicos, es decir, aquellos delitos que, por no considerarse de una gravedad tal que afecte al orden público de la sociedad, no puede ser perseguido de oficio por los poderes públicos (policía, jueces o Ministerio Fiscal)²⁹.

En esta modalidad, en lo que se refiere a la acción civil, la víctima puede renunciar por ser un derecho disponible, o bien acordar que se satisfaga la reparación por el imputado acordando

²⁸ RODRIGUEZ GARCÍA, N., “*Presente y futuro de la mediación penal*”.

²⁹ PAREDES GALLARDO, C. “La mediación penal: especial atención a los extranjeros”. Revista de Mediación 2015, vol. 8, No. 1, pp. 50-60.

La Mediación Penal en Adultos

la cantidad, y plazos. Respecto a la acción penal, solo será renunciable a voluntad del perjudicado en delitos privados y semipúblicos³⁰.

Mediación Procesal: Cuando está pendiente la terminación del proceso penal. Puede tener lugar en varios momentos. El primero, en la **Fase de Instrucción**, destaca en esta la continuidad de disposición de los derechos de restitución, reparación e indemnización por los daños causados por el delito.

Pudiendo la víctima mantener con el presunto autor una mediación paralela al proceso penal en relación con la acción civil en la que también podrá renunciarla o puede conllevar a la minoración de sus exigencias. En ambos casos puede suponer el levantamiento o la reducción de las medidas cautelares impuestas para garantizar la responsabilidad de tal naturaleza.³¹

En cuanto a la acción penal, debe destacarse que una mediación paralela permitirá tres efectos sobre el proceso en trámite. En primer lugar, la extinción de la acción penal y por tanto del proceso, cuando la mediación traiga consigo el perdón del ofendido en aquellos delitos semipúblicos en los que se reconoce al perdón efectos extintivos sobre la acción penal.

En segundo lugar, la mediación puede producir como resultado el reconocimiento de hechos por el imputado; si ello se produce en el curso de la instrucción del procedimiento abreviado y el delito no tiene aparejada pena mayor de tres años de privación de libertad, tal reconocimiento de hechos produce como efecto inmediato la conversión del procedimiento abreviado en diligencias urgentes del juicio rápido, con la posibilidad de lograr la conformidad premiada, que supone la rebaja de un tercio de la pena impuesta.

En tercer lugar, un acuerdo de mediación sobre responsabilidad civil, e incluso sobre satisfacción moral en materia penal en delitos en los que el perdón no extingue el proceso, puede producir el levantamiento o la suavización de las medidas cautelares personales, si se estima que no concurre riesgo de fuga, peligro de obstrucción, o peligro de reiteración

³⁰ Véase los artículos 201, 215.1 y 267.2y 3 del Código Penal. BOE núm.281 24/11/1995. (A-1995-23444).

³¹ Véase artículo 612 LECRIM. BOE núm. 260, 17/9/1882. (BOE-A.1882-6036).

La Mediación Penal en Adultos

delictiva³².

Otro de los momentos procesales en los que puede tener lugar la mediación es en la **Fase de Juicio** aquí, si la víctima manifiesta su perdón se producirá el efecto extintivo del perdón (en los delitos que se permitan como los semipúblicos). En cambio si estamos ante otros tipos de delitos solamente producirá efectos la conformidad formalizada antes o al inicio de las sesiones del juicio oral en los términos que hayan acordado inicialmente y en la mediación, víctima y acusado, y en un segundo momento, acusación (la que mantuviera el escrito con calificación de mayor gravedad) y acusado³³. En cuanto a la pena que impondrá el tribunal debemos distinguir diferentes posibilidades: *Primera*, que haya atenuante por el acuerdo de reparación del autor. *Segunda*, puede favorecer a una suspensión condicional de la pena, siempre que se cumplan además otros requisitos.³⁴ *Tercera*, el juez podrá acordar la sustitución de la pena privativa de libertad por penas de arresto o multa.

Y por último en **Fase de Ejecución**, una vez se ha dictado la sentencia, también es posible la mediación penal, con posibles efectos en la ejecución de la misma, (*El acuerdo con la víctima puede favorecer la progresión en el grado penitenciario, el acuerdo con la víctima puede favorecer la concesión del tercer grado penitenciario. El acuerdo con la víctima puede favorecer la concesión de la libertad provisional del condenado, y el acuerdo con la víctima puede favorecer la concesión del indulto.*)³⁵

4. Las partes en la mediación penal.

El acto de mediación van a participar 3 sujetos clave para llegar a la resolución del conflicto, la *víctima* y el *infractor* que intentaran llegar al acuerdo con la ayuda imprescindible de un tercero imparcial, el *mediador*, figura que analizaremos con mas detalle.

³² FLORES PRADA, I. “*Algunas reflexiones sobre la justicia restaurativa en el sistema español de justicia penal*”. Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje.

³³ *Ibidem*.

³⁴ Véase artículo 83.5 Código Penal, . BOE núm.281 24/11/1995. (A-1995-23444).

³⁵ FLORES PRADA, I. “*Algunas reflexiones sobre la justicia restaurativa en el sistema español de justicia penal*”. Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje.

La Mediación Penal en Adultos

4.1. La víctima.

Para hablar de la víctima es necesario que primero hagamos alusión al Estatuto de la Víctima (Ley 4/2015, de 27 de abril). Ley que es fruto de la transposición de la Directiva Europea 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de, 25 de octubre de 2012.

El Estatuto de la Víctima nace con la necesidad de es aglutinar en un solo texto jurídico el marco de protección a la víctima del delito, lo hace desde un punto de vista jurídico social, para la reparación del daño y para evitar la victimización secundaria.

En su artículo 2 define que se entiende por víctima a “...*toda persona física que haya sufrido un daño o perjuicio sobre su propia persona o patrimonio, en especial lesiones físicas o psíquicas, daños emocionales o perjuicios económicos directamente causados por la comisión de un delito*”. Recoge además el catalogo de derechos que ostenta la víctima³⁶.

Sin duda, lo más destacable de esta ley es que contiene una pequeña reflexión sobre la actuación de los servicios de justicia restaurativa tal y como se aprecia en el apartado VI de su Exposición de Motivos, donde supera las referencias tradicionales a la mediación entre víctima e infractor y recalca la desigualdad moral que existe entre ambas partes. Por ello, la actuación de estos servicios está orientada hacia la reparación material y moral de la parte que se ha visto perjudicada, así como el previo reconocimiento de los hechos esenciales por parte del autor.

El artículo 15 establece los servicios de justicia restaurativa, donde las victimas podrán acceder con la finalidad de obtener una adecuada reparación material y moral de los perjuicios derivados del delito:³⁷

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

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

b) la víctima haya prestado su consentimiento, después de haber recibido información exhaustiva e imparcial sobre su contenido, sus posibles resultados y los procedimientos existentes para hacer efectivo su cumplimiento;

³⁶ Véase los artículos 4-10 de la Ley 4/2015. BOE núm 101, (BOE-A-2015-4606).

³⁷ El artículo 15 de la Ley 4/2015. BOE núm 101, (BOE-A-2015-4606)..

La Mediación Penal en Adultos

c) el infractor haya prestado su consentimiento;

d) el procedimiento de mediación no entrañe un riesgo para la seguridad de la víctima, ni exista el peligro de que su desarrollo pueda causar nuevos perjuicios materiales o morales para la víctima; y

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

2. Los debates desarrollados dentro del procedimiento de mediación serán confidenciales y no podrán ser difundidos sin el consentimiento de ambas partes. Los mediadores y otros profesionales que participen en el procedimiento de mediación, estarán sujetos a secreto profesional con relación a los hechos y manifestaciones de que hubieran tenido conocimiento en el ejercicio de su función.

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

Será a la víctima a quien le corresponda aceptar si quiere someterse a un diálogo con el delincuente para que se le repare el daño, y así alcanzar un acuerdo. Con esto lo que se pretende es aproximar al imputado y a la víctima con la finalidad de que ambos lleguen a un acuerdo que repare los daños causados por el hecho ilícito.

El Estatuto de la Víctima como la propia Justicia Restaurativa quieren evitar la victimización secundaria, para ello ha introducido una serie de derechos, como el de notificación cuando la usa se archiva o se dicta el auto de sobreseimiento, para que así pueda impugnarlo. Con el mismo fin el Estatuto de la víctima determina que la declaración de la víctima tras interponer una denuncia se haga a la mayor brevedad, así como reducción de declaraciones y de reconocimientos médicos.

4.2. El infractor.

Es necesario que el infractor muestre una actitud de respeto e interés, para que se pueda solucionar el conflicto a través de la contradicción con la víctima.

Pues tanto él como la víctima podrán revocar, en cualquier momento del procedimiento de mediación penal, su consentimiento, apartándose de la misma y acudiendo al proceso.

Aquí es necesario destacar los beneficios que podría obtener el autor de los hechos, ya que no solo le beneficiaría en un aspecto personal, ya que el modo de cumplir lo que ha hecho será efectuado en un sentido educativo, reparador, y con mayores probabilidades de inserción. Sino que llegar a un acuerdo con la víctima supondría llegar a obtener beneficios previstos en el Código Penal, atenuando su pena incluso

La Mediación Penal en Adultos

estando en la mediación procesal, atendiendo a las atenuantes previstas en su artículo 21(muy cualificada) y las del 21.5 (genérica) rebajando en el primer caso la pena en uno o dos grados, y en el segundo donde la pena no sobrepasará su mitad inferior, o como ya hemos visto, sustituyendo la pena privativa de libertad por otras menos lesivas.

4.3. Derechos y Deberes de la Víctima y el Infractor

Derechos:³⁸

-**Derecho a la gratuidad de la mediación:** Se reconoce el derecho de asistencia jurídica gratuita.

-**Derecho de información:** En relación con el desarrollo del acto, sus consecuencias y de cómo se gestionará el procedimiento a seguir.

-**Derechos de disponibilidad de la mediación:** Derecho de las partes a decidir si desean acceder a la mediación para resolver el conflicto que han tenido, así como abandonarlo cuando alguno de ellos quiera.

- **Derecho a la mediación legal:** A un acto donde se respeten las garantías y principios de la mediación, y de una actuación diligente del profesional.

- **Derecho de elección del mediador/a :** Una manifestación más del principio de voluntariedad, esto es, las partes podrán elegir de quien dirigirá el proceso, así como solicitar el cambio de mediador o mediadora. Siempre con el consentimiento de ambas partes.

Deberes:

- **Deber de cumplir con el acuerdo elaborado del proceso de mediación:** Las partes se tienen que comprometer a cumplir y a respetar el acuerdo alcanzado.

- **Deber de proceder correcta y lealmente en la mediación:** Las partes deben cumplir una serie de condiciones, tales como un dialogo fluido, una escucha activa, mostrar interés, para que así pueda cumplirse realización de procedimiento y llegar al entendimiento de mutuo acuerdo.

³⁸ MARTÍNEZ EMPERADOR, R. (2009). “La mediación: sistema complementario de Administración de Justicia”. Madrid. Consejo general del Poder Judicial. Centro de documentación judicial. Pág. 94

La Mediación Penal en Adultos

4.4. El/La mediador/a.

Es sin duda esta figura la pieza clave en la mediación penal. Su papel es el de un tercero neutral que ayuda a resolver el conflicto por el que las partes están enfrentadas³⁹. Haciendo cumplir el procedimiento y los principios que lo regulan como veremos en puntos posteriores.

En la ya citada Ley 5/2012⁴⁰, se recoge el Estatuto del Mediador, donde se reflejan las condiciones generales para el ejercicio profesional de la mediación, ley que se complementa con dispuesto en el RD 980/2013 en relación a las exigencias de formación del mediador⁴¹. Será perceptiva la incorporación al Registro oficial de mediadores dependiente del Ministerio de Justicia, tal y como se establece en los artículos 8 a 25 del RD arriba citado, y la exigencia de suscribir de un seguro de responsabilidad civil obligatorio (arts. 26 29 RD).

El mediador/a por el simple hecho de su desempeño profesional tiene autoridad para dirigir la mediación, tiene la autoridad para apelar a las partes a fin de lograr un acuerdo sobre la base de los intereses de aquellas, o el desempeño anterior o su reputación como recurso útil.

A diferencia de un juez o un árbitro la persona mediadora no tiene poder de decisión, por lo que las partes en disputa retienen hasta el final el poder de retirarse de la mediación o continuar con el proceso hasta la resolución.

Para ejercer esta profesión no solo se deben de dar requisitos académicos como ahora veremos, sino que los mediadores deben tener un perfil personal adecuado, con esto nos referimos a una serie de cualidades intrínsecas, tales como la credibilidad, confianza, seguridad, empatía, etc. Pero sin duda una de las mas importantes cualidades que debe tener un mediador/a es la comunicación tiene un papel trascendental en el proceso de mediación, es el vehículo, el instrumento, a través del cual el mediador desarrolla su labor, de tal forma que, si la utiliza adecuadamente, facilitará el adecuado desarrollo de dicho proceso y potenciará el acuerdo entre las partes.

³⁹ GORDILLO SANTANA, La justicia restaurativa y la mediación penal, Iustel, Madrid, 2007, pág. 220.

⁴⁰ Véase artículos 11,12,13,14,y 15 de la Ley 5/2012. BOE núm 162, 7/7/2012, (BOE-A-2012-9112).

⁴¹ Véase artículos 3 a 7 del RD980/2013. BOE núm 310, 27/12/2013. (BOE-A-2013-13647).

La Mediación Penal en Adultos

Será quien haciendo cumplir esta normativa, ajuste la controversia a una serie de criterios y facultades tal y como lo expone Sáez Rodríguez ⁴² de la siguiente manera:

Requisitos para el ejercicio de la mediación.

Se han establecido como principales el poseer una titulación universitaria que dote de conocimientos generales a esa persona y estar en posesión del Título que acredite la formación teórico-práctica en el campo de la mediación expedido por una Universidad Pública, o Colegio Profesional o entidad pública o privada homologada

Facultades de la persona que se forme como mediador.

- Paralizar la mediación cuando observe que se produce un perjuicio para alguna de las partes en conflicto.
- No dar comienzo al proceso cuando entienda que no va a ser beneficioso, en ningún caso, para ninguna de las partes.
- Actuar bajo el principio de flexibilidad de las estructuras.
- Tener en su poder copia de los autos del proceso (previa entrega por parte del Secretario Judicial).
- Contactar con el acusado y la víctima cuantas veces estime necesario, a partir de la comunicación que el Juzgado haya realizado a las partes y a sus abogados.
- Mantener las entrevistas que estime oportunas con las partes, una vez hayan dado su conformidad para participar en la mediación y a establecer la duración de las sesiones.
- Llevar a cabo su labor en un espacio físico habilitado por la Administración de Justicia, para dotar de oficialidad al proceso.

Obligaciones de la persona mediadora.

- Respetar el principio de confidencialidad, con sometimiento a la Ley 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal y actuar bajo los principios de imparcialidad, neutralidad y objetividad.

⁴² SAEZ RODRIGUEZ, C. “Mediación Familiar. La Mediación Penal y Penitenciaria. El Estatuto del Mediador un programa para su regulación” Centro de Estudios Jurídicos, edit. Thomson Aranzadi, 2008, pág. 329 y ss

La Mediación Penal en Adultos

- Llevar a cabo su labor en la sede de algún organismo oficial y comenzar el proceso siempre y cuando se cerciore de que las partes han decidido participar voluntariamente en el proceso de mediación.
- No entrevistarse con menores o incapacitados sin sus representantes legales.
- Deber de promover un acuerdo voluntario y equitativo entre las partes y no recibir remuneración alguna por parte de estas.
- Velar para que las partes tomen sus propias decisiones y dispongan de la información y asesoramiento suficientes para lograr un acuerdo de manera libre y voluntaria.
- Finalizar el proceso de mediación en el plazo señalado y una vez finalizado presentar ante el Juzgado un informe que vaya acompañado del acta de reparación, así como comparecer en el acto de la vista a ratificar su informe.
- Respetar las normas deontológicas del Colegio Profesional al cual pertenecen.

Prohibiciones:

- Intervenir profesionalmente como abogado en la causa en que se esté mediando.
- Obtener ventajas profesionales de las partes intervinientes en la mediación.

Incompatibilidades

La persona mediadora no podrá ejercer con dicha condición cuando su imparcialidad quede en entredicho, es decir:

- Se muestre un interés personal en el asunto o sea palpable una amistad o enemistad con alguna de las partes.
- Vínculos de parentesco por consanguinidad hasta el cuarto grado o de afinidad hasta el segundo con alguna de las partes.
- Cuando haya conocido de ese conflicto como consecuencia del ejercicio de su profesión de origen, o que los intereses que se manejan sean oponibles a otros en los que interviene o haya intervenido con anterioridad.
- Finalizado el proceso de mediación, el mediador no podrá atender a las partes en una actuación profesional diferente a la llevada a cabo, para tratar el mismo asunto, salvo que sean las propias partes las que autoricen de manera expresa.
- Del mismo modo, cabrá la intervención del mediador aún concurriendo en su persona una causa de incompatibilidad si, conocida por las partes, lo aceptan y

La Mediación Penal en Adultos

manifiestan ambas de manera expresa.

Técnicas.

La mediación, como negociación asistida por un tercero neutro e imparcial, requiere de la utilización de diversas técnicas como⁴³;

-Escucha activa. Una escucha que se vea acompañada con la palabra y con el lenguaje no verbal, con el fin de transmitir interés al reformular, resumir, preguntar, legitimar, generar alternativas, en su colaboración al evaluar las opciones y al redactar el acuerdo. Es importante que mire a los ojos de ambas partes, pues les transmitirá cercanía. Repetir lo que las partes ya han dicho ayuda a que estas se escuchen mejor a través del mediador.

No debe emitir juicios valorativos ni ser él quien más hable, callar es importantes para dejar espacio a las partes y de esta forma observar la realidad que aquellas nos transmiten y recoger la información para ponderarla y reelaborarla.

- Legitimación. En el sentido de hacer sentir a las partes como las auténticas protagonistas, hacerlas sentir importantes, cómodas y dispuestas a comunicarse e implicarse de forma activa.

Con esto se conseguirá que se cree un auténtico diálogo y no una mera continuación del conflicto ya sucedido, de no ser así probablemente las partes no verían más allá de su postura. La persona se legitima cuando consigue explicar las razones de su comportamiento y el porqué tomó determinadas decisiones o se dejó llevar por determinados criterios

- Reformulación asertiva. Conseguir una versión más objetiva del conflicto por parte del mediador/a que elimine los significados negativos y aporte otros más positivos.

Esto se consigue reformulando el conflicto y los hechos relatados por las partes, neutralizando el lenguaje, es decir, una versión más objetiva que elimine sus significados negativos y aporte los valores más positivos.

-Formulación de preguntas. De preguntas que no conduzcan a respuesta automáticas. Se basa en dos tipos de preguntas:

1. Las de exploración, que buscan obtener los datos con los que se define el conflicto.

⁴³ COMJIM Manual de Buenas Prácticas de Mediación Penal Juvenil. Pág 36

La Mediación Penal en Adultos

-Abiertas, posibilitan que la parte pueda relatar en extenso las circunstancias de los hechos, siendo recomendables al comienzo de la entrevista.

- Aclaratorias, suelen ser normalmente el resultado de preguntas abiertas donde por la extensión del relato pueden haber surgido oscuridades o malas interpretaciones.

2. Las re-contextualizadoras, que hacen que las partes adviertan que existe una perspectiva diferente a la suya, siendo útiles para vislumbrar una resolución.

-Circulares, que se basan en el principio de que los hechos y sus causas se encuentran relacionados de una manera lógica circular de forma que lo que era efecto puede transformarse en causa y viceversa. Se pueden utilizar de varias maneras orientándose a que una de las partes se ponga en el lugar de otra o bien para que una de las partes se traslade al pasado o al futuro en relación con los hechos. Las que tienen a provocar una reflexión sobre extremos que previamente no se haya planteado la parte, dado su carácter inusual. Van cargadas de intencionalidad Las preguntas hipotéticas llevan al participante a situarse en eventuales circunstancias distintas a las que históricamente rodearon el conflicto.

- **Reconocer las preocupaciones.** Es necesario que el mediador/a muestre y haga evidentes los sentimientos y preocupaciones de las partes.

- **Replanteo.** Partiendo de los puntos en los que existe acuerdo, el mediador/a invita a las partes a que encuentren soluciones interesantes para ambas.

- **Tormenta de ideas o brainstorming.** El mediador/a invita a las partes para que digan todas las ideas que se le vengán a la cabeza. A continuación de común acuerdo se van rechazando las que no se consideran viables y se dialoga sobre las demás.

- **Empatizar.** Transmitir a la parte su comprensión, conectar con ella con sus emociones...es la técnica fundamental que debe dominar el mediador/a. El objetivo es contactar con las partes, poniéndose en el lugar del otro.

5. Principios Reguladores de la Mediación Penal. El Principio de Oportunidad.

En este apartado conoceremos los principios que rigen la mediación penal, haremos especial incidencia en el principio de oportunidad, el cual como veremos entra en claro conflicto con muchos de los principios configuradores del ordenamiento

La Mediación Penal en Adultos

jurídico, como los de proporcionalidad, igualdad e interdicción de la arbitrariedad.

Son estos principios los pilares esenciales de la Mediación Penal, puesto que revelan su naturaleza, al mismo tiempo que la protegen en sus eventuales riesgos y excesos⁴⁴.

-En primer lugar, rige el **principio de voluntariedad** de las partes, puesto que el proceso de mediación exige la participación informada y voluntaria de ambas, víctima e infractor. Hablamos de un proceso de carácter voluntario tanto en su iniciación, desarrollo, como finalización, pudiendo desistir las partes del mismo⁴⁵. Este principio debe estar presente⁴⁶:

1. En un primer momento cuando se toma la decisión de resolver el conflicto mediante mediación.
2. Durante el desarrollo, por tanto cualquiera de las partes pueden decidir que finalice en cualquier momento.
3. Al final del acto de mediación, tanto si se ha logrado el acuerdo, como sino.

-En segundo lugar, el **principio de confidencialidad**, el cual debe ser entendido junto con el secreto profesional del mediador, así como con el principio de buena fe. Es un presupuesto básico de la mediación, pues se garantiza que la información que se obtenga en el proceso de mediación, tanto en el contenido de las sesiones de mediación, así como la documentación que haya sido objeto de prueba o análisis.

-En tercer lugar, encontramos la **gratuidad**, lo que supone un incentivo más para acudir a este método de resolución de conflictos. La gratuidad se debe a el carácter público que tiene el Derecho Penal, por lo que será la Administración de Justicia incluyendo infraestructura y remuneración del mediador.

-En cuarto lugar, el **principio de oficialidad**, al ser un proceso intrajudicial será el juez el que acuerde la derivación de los casos a la mediación penal, a iniciativa del Ministerio Fiscal, o del abogado defensor.

-En quinto lugar, **principio de concentración**, el proceso de mediación penal, debe ser flexible en cuanto a los plazos pero en lo que a la duración se refiere, no es aconsejable fijar una duración igual congenera para todas las mediaciones, aunque en las derivadas por el órgano jurisdiccional, es conveniente desarrollarlas aprovechando los tiempos que concurren entre un acto o trámite; de tal forma que de no lograrse un

⁴⁴ Protocolo de Mediación Penal, CGPJ, pág. 88.

⁴⁵ CRUZ PARRA, J.A. La mediación penal. Problemas que presenta su implantación el procesopenal y sus posibles soluciones edit., Universidad de Granada, 2013.

⁴⁶ RODRIGUEZ GARCÍA, N., "*Presente y futuro de la mediación penal*".

La Mediación Penal en Adultos

acuerdo, tampoco haya supuesto una dilación para la decisión de la controversia, por lo que se deben desarrollar en un número mínimo de sesiones.⁴⁷

-En sexto lugar, **los principios de imparcialidad y neutralidad**, en relación con la persona mediadora, pues no podrá tener intereses respecto de algunas de las partes, ni respecto del objeto del conflicto, puesto que su papel es el de comprender y catalizar el proceso de mediación, pero sin involucrarse en el mismo, siendo neutral y equilibrando el procedimiento siempre entre ambas partes.

-En séptimo lugar, **los principios de bilateralidad y buena fe**. Estos suponen que ambas partes disponen de las mismas armas u oportunidades para poder manifestar su voluntad, además con el principio de bilateralidad se debería entender que salvo el mediador, no debería estar presentes otros sujetos, incluidos los abogados, ni si quiera con un papel de terceros para auxiliar a las partes.⁴⁸

Siguiendo con los principios informadores de la mediación penal, no se puede obviar la importancia que para la misma tiene **el principio de oportunidad**.

En primer lugar es necesario conocer lo que significa este novedoso principio, GIMENO SENDRA, lo define como *“facultad, que al titular de la acción penal asiste, para disponer, bajo determinadas condiciones, de su ejercicio, con independencia de que se haya acreditado la existencia de un hecho punible contra un autor determinado”*.⁴⁹ Para él un ordenamiento procesal está informado por el principio de oportunidad cuando los titulares de la acción penal están autorizados, si se cumplen los presupuestos previstos en la norma, a hacer uso de su ejercicio, incoando el procedimiento o provocando su sobreseimiento.

Si observamos el artículo 25.1 de nuestra Constitución *“Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento.”* Esa definición de SENDRA nos haría entender que no solo entra en colisión con nuestra Norma Suprema, sino que además entraría en claro conflicto con muchos de los principios configuradores del ordenamiento jurídico, como los de proporcionalidad, igualdad e interdicción de la arbitrariedad.

⁴⁷ Véase el art. 20 la Ley 5/2012. BOE núm 162, 7/7/2012, (BOE-A-2012-9112).

⁴⁸ RODRIGUEZ GARCÍA, N., *“Presente y futuro de la mediación penal”*. Pág 10.

⁴⁹ GIMENO SENDRA, V, *“Manual de Derecho Procesal Penal”*, Colex, 2010, Madrid, pág., 62.

La Mediación Penal en Adultos

5.1. Principio de Oportunidad en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal, aprobado por el Consejo de Ministros el pasado 22 de julio de 2011

Su establecimiento constitucional resultaría discutible para parte de la doctrina, en la medida en que podría dar pie a situaciones desiguales o discriminatorias así como afectar al principio de legalidad por el simple hecho de no aplicar reglas tasadas legalmente, así como la contraposición al principio de legalidad como ya hemos visto, puesto ya que no admite actuaciones discrecionales, mientras que la oportunidad faculta la exención de la obligación de ejercitar la acción penal por parte del órgano público.

Pese a ello el legislador introdujo este principio en el anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal, aprobado por el Consejo de Ministros el pasado 22 de julio de 2011, en el que se establecía el archivo por oportunidad y se regula la oportunidad en el marco de la conformidad y la mediación penal⁵⁰. Justificándolo, con carácter general, la introducción de la oportunidad en la falta de necesidad de la pena a los fines de prevención que constituyen su fundamento⁵¹.

La apreciación de la oportunidad es a cargo del Ministerio Fiscal, pero no por ello tiene una discrecionalidad absoluta pues, solo cabría en los casos establecido en la ley, tampoco significa esta introducción que se cree un derecho a la oportunidad, un investigado no podrá solicitar la aplicación de una solución de oportunidad por que concurran alguno de esos elementos reglados⁵².

En cuanto a las modalidades de oportunidad que pretendía introducir el Anteproyecto, habían dos comunes, el archivo por oportunidad, y el archivo por condición.⁵³ En el primer caso solo cabría para los delitos castigados hasta con pena de dos años de prisión, además de una exclusión por materias, en cuanto al archivo por condición estaría limitado a los delitos que tuvieran una pena de hasta cinco años, además que la víctima preste su consentimiento y que infractor reconozca su responsabilidad y se obligue a cumplir las condiciones para el archivo. También existirían tres modalidades adicionales para determinados delitos (artículos 152, 153, 155 y 156 del Anteproyecto).

⁵⁰ VAQUERO LOPEZ, C., “Principio de oportunidad y mediación. Alternativa viable y necesaria”.
Revista mediación. Año 6. No 11. 1^{er} semestre 2012.

⁵¹ Véase artículo 148. Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, Consejo de Ministros de 22 de julio de 2011 .

⁵² VAQUERO LOPEZ, C., “Principio de oportunidad y mediación. Alternativa viable y necesaria”.
Revista mediación. Año 6. No 11. 1^{er} semestre 2012.

⁵³ Véase artículo 149 y 150 Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, Consejo de Ministros de 22 de julio de 2011.

La Mediación Penal en Adultos

6. **Ámbito de aplicación.**

Al no estar regulada la mediación penal, obviamente no hay un catálogo, o una lista de delitos que sean susceptibles de resolución por esta vía. Existe una opinión generalizada de que la creación de un listado cerrado podría obstaculizar el acceso a la mediación de tipos no incluidos. Esta claro que algunos ilícitos penales se deben incluir sin lugar a duda como los delitos leves o los privados.

En contra de esta postura de negación a un listado cerrado, entendiendo que hay ciertos delitos que no deben solucionarse por esta vía, así nos lo dice la Ley Orgánica 1/2004 de Protección Integral contra la Violencia de Género que como ya hemos visto excluye de manera expresa la mediación. Pero no solo la citada ley hace que se excluya los ilícitos de violencia contra la mujer, sino que el Código Penal en su art. 57.2 establece como pena accesoria la prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, impide al penado acercarse a ellos, en cualquier lugar donde se encuentren, así como acercarse a su domicilio, a sus lugares de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ellos⁵⁴. En cuento a los delitos de atentado, resistencia, los cometidos por los funcionarios públicos y los que tengan como víctima a los trabajadores, tampoco debería incluirse en la futura lista, en aras de no dar pie a una desigualdad entre las partes⁵⁵

Deberían estar excluidos los denominados delitos sin víctima, es decir, los delitos de peligro abstracto, delitos contra bienes colectivos o bienes supra individuales, no pueden incluirse en la mediación por su propia naturaleza. Ello no excluye que pueda acudir a otros instrumentos de justicia restaurativa⁵⁶. Así como los delitos contra el interés público.

La reincidencia, concepto conflictivo, si se permitiera a los infractores reincidentes acudir a esta vía, podría caerse en situaciones de abuso de derecho. Sin embargo si en caso contrario se le excluyera podría discutirse que en primer lugar momentos vitales en que se cometen las infracciones son distintos, y que por ello deben recibir un tratamiento diferenciado, y en segundo lugar que podría ser la primera vez que al victimario se le concede la posibilidad de responsabilizarse del daño que ha causado, repararlo y pedir perdón por ello⁵⁷. Caso distinto es si la reincidencia se produce después de celebrado el acto de mediación, en el que a mi parecer no debería caber.

En cuanto a los delitos menos graves hay quienes defienden la exclusión de la mediación dada la importancia del bien jurídico que se protege. Sin embargo, la

⁵⁴ RODRIGUEZ GARCÍA, N., *“Presente y futuro de la mediación penal”*.

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ CGPJ. Guía práctica para la mediación intrajudicial. Pág. 117.

⁵⁷ *Ibidem*.

La Mediación Penal en Adultos

experiencia demuestra que no se debería excluir la mediación en estos supuestos, y que se espere a que la víctima de la infracción decida si desea someterse al proceso de mediación. No cabe duda que hasta en delitos muy graves, la mediación podría llevarse a efecto pasado un tiempo de cumplimiento de pena de prisión⁵⁸.

IV. El procedimiento de Mediación en el Orden Penal.

1. El papel del abogado/a.

Es cierto que esta figura parece ser irrelevante cuando hablamos de la mediación penal, sin embargo, el letrado si que participa de alguna manera como veremos brevemente.

La función de los abogados/as como orientadores jurídicos de la víctima y del encausado es vertebral para lograr que el consentimiento de las partes para participar en un proceso comunicativo sea fruto de una voluntad informada.

Es necesario que en la sesión informativa estén presentes los abogados/as de las partes para que así puedan asesorarlas.

Como sabemos la mediación penal se caracteriza por ser intrajudicial, por lo que de manera obvia es el juez quien selecciona el asunto perceptible de mediación, dando traslado al Ministerio Fiscal para que este muestre su conformidad. En este punto es cuando empiezan a tomar relevancia los abogados personados en el caso, a los que avisa el Letrado de la Administración (456.6 LOPJ)⁵⁹ y acto seguido a las partes. Aspecto importante pues de no acompañar esas llamadas, se estaría apartando a los abogados del proceso.

Lo más conveniente es que a los abogados solo se les permita estar presentes para asesorar a sus defendidos en los aspectos jurídicos en la primera fase, invitándoles luego a salir, ya que de no ser así se estaría difuminando el principio de bilateralidad del que ya hablamos.

Pero no se excluye al abogado de manera total durante todo el acto, pues aunque no este presente físicamente, las partes mantienen un contacto fluidos con ellos, pues se permite que se comuniquen durante el acto para consúltales las dudas que

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ BOE, núm 157, 2/07/ 1985. (BOE-A-1985-1206).

La Mediación Penal en Adultos

eventualmente puedan surgir en relación al consentimiento informado o a los posibles acuerdos⁶⁰.

2. El Acto de Mediación.

*Fase previa*⁶¹.

Como ya hemos visto, lo primero que se lleva a cabo es la elección de asunto por parte del juez o magistrado. Respecto a los delitos que pueden ser derivados a mediación, únicamente quedan excluidos *ab initio* los delitos de violencia de género dada la expresa prohibición normativa existente. El resto de delitos serán susceptibles de derivación cuando estén especificadas las posiciones de víctima y agresor por parte del Juzgado y a ello no se oponga el Ministerio Fiscal, independientemente del bien jurídico protegido⁶².

Una vez incoadas las diligencias para la instrucción por el Juzgado de Instrucción o tramitado el juicio de faltas por delitos leves ante el propio Juzgado de Instrucción o remitido el procedimiento a enjuiciamiento por los trámites del procedimiento abreviado, el/la Juez, con comunicación previa al Ministerio Fiscal y sin su oposición, podrá resolver someter el proceso a la mediación si el investigado no niega la existencia y/o participación en el hecho, sin perjuicio de que, en cualquier momento de la tramitación del procedimiento el/la Juez, de oficio o a solicitud del Ministerio Público, en todo caso sin oposición de este, de la víctima, de la persona investigada o de sus representantes legales, pueda resolver someter el procedimiento a la mediación. La derivación debe acordarse por resolución judicial. Su fundamentación será sencilla y en ella deberá hacerse constar el plazo que se concede para hacer la mediación y todas aquellas circunstancias con relevancia procesal.⁶³

El Juzgado notificará la resolución judicial de derivación a la persona investigada y a la víctima, en la que se indicarán las razones que avalan la decisión de derivación a la mediación y que los profesionales encargados de realizarla se pondrán en contacto con ellos, por escrito o telefónicamente para fijar la cita de la reunión informativa, a la que pondrán ir acompañados de sus abogados/as. Respecto al contacto con la víctima, deberá cumplirse lo dispuesto en los artículos 4 y 15 de la Ley 4/2015 del Estatuto de la Víctima que suponen una transposición de las previsiones contenidas en la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de

⁶⁰ OLAVARRIA IGLESIA, T. “El Ministerio Fiscal en los procesos de Mediación Penal”. www.cej-mjusticia.es.

⁶¹ www.fundacionmediara.es

⁶² CGPJ. Guía práctica para la mediación intrajudicial. Pág. 102.

⁶³ Ibidem.

La Mediación Penal en Adultos

2012.

Una vez prestada la conformidad del Ministerio Fiscal, se comunicará por parte del Letrado de la Administración a los abogados de las partes tal decisión.

Acto seguido se deriva el caso al Equipo de Mediación, donde el Letrado de la Administración de Justicia les remitirá la ficha de derivación y demás documentación correspondiente, como por ejemplo, la copia de la declaración, informes periciales, de lesiones, tasaciones de daños a efectos de determinar la cuantía de la reparación material. Se le proporciona también los datos de las partes, para que el equipo se ponga en contacto con ellas y sus abogados, ya sea mediante cualquier medio de comunicación electrónico, o por medio de sus representantes legales.

El plazo para la realización de la mediación será el que el/la Juez establezca sin perjuicio de que, si la fase procesal es de enjuiciamiento, se fije fecha para el juicio oral atendiendo a las necesidades temporales del proceso de mediación. No obstante, el/la Juez puede ampliar el plazo, a petición del Equipo de mediación, cuando existan serias posibilidades de llegar a un acuerdo y para ello sea necesaria su ampliación (principio de flexibilidad), previo informe al respecto presentado por los mediadores.

La primera toma de contacto siempre es con el infractor, pues si éste no quiere participar en la mediación, se evita que la víctima se desplace a la entrevista. A esta no se le llamará hasta que el encausado no acuda a la sesión individual donde firma el consentimiento informado sobre la sesión. El lugar de celebración de esta primera entrevista puede ser en el juzgado, o en la asociación a la que pertenezca la persona mediadora.

En esta fase el mediador o mediadora expondrá al encausado el proceso de mediación, le informará de las fases, ventajas, obligaciones, las reglas, etc. de forma clara y comprensible, y se asegurará de que todo ello es comprendido por la persona a la que se lo dirige. Es en ese momento cuando se produce la toma de contacto entre la persona mediadora y la víctima, repitiendo el mismo proceso que con el acusado.

En esta *sesión constitutiva* como se denomina en el **Artículo 19**⁶⁴ de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. y el cual no explica como se desarrollara”1. *El procedimiento de mediación comenzará mediante una sesión constitutiva en la que las partes expresarán su deseo de desarrollar la mediación y*

⁶⁴ Ley 5/2012. BOE núm 162, 7/7/2012, (BOE-A-2012-9112).

La Mediación Penal en Adultos

dejarán constancia de los siguientes aspectos:

- a) La identificación de las partes.*
- b) La designación del mediador y, en su caso, de la institución de mediación o la aceptación del designado por una de las partes.*
- c) El objeto del conflicto que se somete al procedimiento de mediación.*
- d) El programa de actuaciones y duración máxima prevista para el desarrollo del procedimiento, sin perjuicio de su posible modificación.*
- e) La información del coste de la mediación o las bases para su determinación, con indicación separada de los honorarios del mediador y de otros posibles gastos.*
- f) La declaración de aceptación voluntaria por las partes de la mediación y de que asumen las obligaciones de ella derivadas.*
- g) El lugar de celebración y la lengua del procedimiento.*

2. De la sesión constitutiva se levantará un acta en la que consten estos aspectos, que será firmada tanto por las partes como por el mediador o mediadores. En otro caso, dicha acta declarará que la mediación se ha intentado sin efecto.”

Fase de encuentro

En cuanto a la duración de esta fase en la que las partes con ayuda de la mediación intentarán llegar aun acuerdo con la complejidad que ello acarrea podrá llevarse a cabo en una o varias sesiones, estipulándose en la ley que deberá ser lo más breve posible y en el mínimo de sesiones⁶⁵.

Existen dos posibilidades⁶⁶;

La primera, es que las partes se reúnan en la misma sala, la llamada Mediación directa, para ello se debe contar con el consentimiento expreso de ambas partes.

O puede suceder que las partes rechacen encontrarse, esto es la Mediación indirecta. Esto no impide que se realice la mediación nique se llegue a un acuerdo.

En lo referente al desarrollo de las actuaciones, el artículo 21 de la LMCM establece “1. *El mediador convocará a las partes para cada sesión con la antelación necesaria, dirigirá las sesiones y facilitará la exposición de sus posiciones y su comunicación de modo igual y equilibrado.*

2. Las comunicaciones entre el mediador y las personas en conflicto podrán ser o no simultáneas.

3. El mediador comunicará a todas las partes la celebración de las reuniones que tengan lugar por separado con alguna de ellas, sin perjuicio de la confidencialidad sobre lo tratado. El mediador no podrá ni comunicar ni distribuir la información o

⁶⁵ Véase el artículo 20 de Ley 5/2012. BOE núm 162, 7/7/2012, (BOE-A-2012-9112).

⁶⁶ www.fundacionmediara.es

La Mediación Penal en Adultos

documentación que la parte le hubiera aportado, salvo autorización expresa de esta.”

Fase de terminación de la mediación.

Al finalizar esta fase debe ser recogida en el acta la opción tomada por las partes, puede suceder que se finalice con acuerdo, o sin el.

Si la mediación finaliza sin avenencia ya sea por que alguna de las partes ejerzan su derecho a dar por finalizada la mediación, por el transcurso del periodo máximo acordado, o por apreciación por parte de la persona mediadora de la imposibilidad de reconciliación de la actuación. Puede suceder que las partes rechazaran al mediador, o este renunciara, solo se entenderá la terminación del procedimiento cuando no se haya podido nombrar otro mediador⁶⁷.

Si el acto concluye con acuerdo, este tendrá una serie de características⁶⁸.

Debe beneficiar tanto a la víctima como al infractor, que de manera lógica, si ambas han llegado a un acuerdo es porque este les es mas beneficiosos que el resultado hipotético de un proceso penal, además debe ser de posible ejecución, que repare el daño causado y lo mas característico, no debe tener contenido punitivo, esto es, que no se castigue al infractor, sino que se haga que repare el mal causado, pues de no ser así se distorsionaría el fin de la mediación penal.

Los acuerdos a los cuales pueden llegar las partes son muy diversos. Estos van a ser definidos por las partes, teniéndose en cuenta los perjuicios sufridos por la víctima, sus intereses y demandas. Así como las posibilidades reparatorias y compensatorias del Infractor y la valoración conjunta que las dos partes hacen de la solución del conflicto. Por lo tanto, cabe la reparación material o económica, la prestación de algún servicio a la víctima, a la comunidad, o la reparación simbólica.

Cuando hablamos de reparación diferenciamos entre la Reparación Simbólica y la Material, la primera se da cuando el infractor no tiene recursos económicos, en este caso lo que se intenta es reparar los daños psicológicos y morales de la victima (pedir disculpas por ejemplo). La Reparación Material se trata de reparar a la victima materialmente, por ejemplo con la devolución de la cosa sustraída, o entregándole el valor económico cuando no fuese posible.

Con la terminación del acto, el artículo 22 de la LMCM establece que *“se devolverán a cada parte los documentos que hubiere aportado.*

⁶⁷ Véase el artículo 22.1 y 2 de Ley 5/2012. BOE núm 162, 7/7/2012, (BOE-A-2012-9112).

⁶⁸ www.fundacionmediara.es <http://www.fundacionmediara.es/index.php/mediacion/mediacion-penal>.

La Mediación Penal en Adultos

Con los documentos que no hubieren de devolverse a las partes, se formará un expediente que deberá conservar y custodiar el mediador o, en su caso, la institución de mediación, una vez terminado el procedimiento, por un plazo de cuatro meses.”

El acta reflejará el acuerdo alcanzado de manera comprensible y clara y además deberá ir firmada por todas las partes y por el mediador (artículo 23.2 LMCM), entregándose un ejemplar a cada una de ellas. En caso de que alguna de las partes se negara a firmar el acta, el mediador o mediadora lo hará constar en la misma esta circunstancia, entregando un ejemplar a las partes que lo deseen.

La fase de enjuiciamiento, como en la fase de ejecución, el protocolo es similar, aunque las variaciones dependen del momento procesal y significativamente no resulten notables.

V. Ventajas e inconvenientes de la mediación en causas penales.

Es innegable que la mediación penal presenta muchísimas más ventajas que inconvenientes, no nos hace falta ver mas que el siguiente cuadro comparativo que hace el Consejo General del Poder Judicial⁶⁹;

MEDIACIÓN PENAL	PROCESO PENAL
Control proceso y resultado por las partes	Control del proceso y resultado por el juez
Colaboración	Adversarial
Ganar-ganar	Ganar-perder
Conflicto más amplio, puede abarcar conflictos personales u otros	Conflicto legal
Más compromiso con el resultado	Poco compromiso de las partes con el resultado
Posibilidad de reanudar el diálogo con las partes	Rompe todas las posibilidades de diálogo futuro entre las partes

⁶⁹ Guía práctica para la mediación intrajudicial. Pág. 110

La Mediación Penal en Adultos

Permite soluciones creativas	Soluciones más limitadas
Rápido	Larga duración
Menor coste económico	Mayor coste económico
Facilita y conserva la relación	Crea distancia, costes emocionales
Probabilidad alta de cumplimiento	Más dificultad para cumplimiento
Previene de conflictos futuros	Reitera conflictos

Entre las múltiples ventajas que ofrece la mediación en los casos penales (*el protagonismo activo que se otorga a la víctima, el interés por la reparación integral del daño causado por el delito, el avance en la individualización de la aplicación penal, fomenta la responsabilidad y la necesidad de rehabilitación en el agresor, puede funcionar para mejorar la prevención especial y que es útil como instrumento de descongestión de la justicia penal*⁷⁰) hay que destacar el potencial rehabilitador para la víctima pues como hemos visto tiene derecho a participar en la resolución del conflicto, a ser escuchada por el agresor y lo más importante, es una pieza clave del posible acuerdo obtenido. Esto facilita que la víctima se desprenda de sentimientos y emociones como el miedo, la frustración, la incertidumbre, la rabia, el dolor o la impotencia por el acto acaecido.

Todo esto llevará a la víctima hacia unos aspectos positivos como puede ser la seguridad y la confianza. Además facilita la desvictimización, pues podrá conocer los porqués del delito, la verdad del suceso y se puede expresar, en definitiva le permite comprender. En relación con el encausado destaca la mayor eficacia de la mediación su rehabilitación y, en consecuencia, en la reducción de los niveles de reincidencia.

Observamos como la mayoría de las ventajas se refieren a las partes, sin embargo hay una ventaja enorme en la mediación respecto a un Derecho Fundamental, el proclamado en el artículo 24 de nuestra Constitución.⁷¹

Se considera a la mediación como una forma de satisfacción a la Tutela Judicial Efectiva. No se trata de que la mediación sustituya a los Tribunales de Justicia en la resolución del conflicto, ni de desplazar la tutela efectiva, un derecho fundamental, sino de utilizar una metodología distinta para la resolución de los mismos, metodología que

⁷⁰ FLORES PRADA, I. "Algunas reflexiones sobre la justicia restaurativa en el sistema español de justicia penal". Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje.

⁷¹ «BOE» núm. 311, de 29 de diciembre de 1978, páginas 29313 a 29424 (112 págs.) BOE-A-1978-31229.

La Mediación Penal en Adultos

no se encuentra reñida con el control de legalidad del Juez⁷².

Las partes siempre van a hacer uso de su derecho fundamental, pues el acto de mediación como ya hemos visto se desarrolla con todas las garantías. Pues esta técnica no solo ofrece mejores soluciones para determinados casos, sino que, además, es una forma de cumplir el precepto constitucional por el que se establece el derecho fundamental de los ciudadanos a participar en la Administración de Justicia, plasmado en el art. 125 de la Constitución Española⁷³.

Permite buscar mejores cauces de reeducación y reinserción del infractor, aprendiendo a asumir parte de la responsabilidad de la conducta infractora y de la participación en el conflicto interpersonal: (aprender conductas destinadas al reconocimiento de la verdad, aprender a escuchar para comprender la perspectiva del otro y Aprender a tomar decisiones personales y autónomas en la resolución de conflictos.)

Como todo proceso, la mediación penal también presenta algunos **inconvenientes**, tales como una hipotética privatización del modelo de justicia penal sobre derechos innegociables, en encuentro de la víctima con el agresor en el mismo plano, la debilidad del fin preventivo de la sanción penal, el peligro de burocratización de la mediación por falta de medios y por aprovechamiento fraudulento de ventajas procesales y otros falta de infraestructura de medios soporte la tramitación y los efectos.⁷⁴

Uno de los mayores inconvenientes con los que se está encontrado la mediación penal para su regularización, es el posible riesgo que podría darse para el encausado el abandono de las garantías del proceso penal común.

Cuestión que supone el mayor distanciamiento entre la justicia restaurativa con los derechos y libertades de nuestro sistema de justicia.

Esta posible pérdida de derechos del encausado fue, apreciado por las Naciones Unidas, que a través de su Consejo Económico y Social, advirtió de la necesidad de que se adoptasen guías de actuación a modo de principios informadores que, dirigida a los legisladores, deberían tenerse en cuenta a la hora de implementar en los respectivos ordenamientos penales métodos o fórmulas basadas en este tipo de solución de

⁷² GARCIA SEDANO, T. “Mediación, Derecho Penal, y Tutela Judicial Efectiva” Revista la Ley No 119, 1 de mar. de 2016, Editorial LA LEY.

⁷³ Ibidem 63.

⁷⁴ FLORES PRADA, I. “Algunas reflexiones sobre la justicia restaurativa en el sistema español de justicia penal”. Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje.

La Mediación Penal en Adultos

conflictos dentro del orden penal⁷⁵.

Como señala BERND-DIETER MEIER, “*si la justicia restaurativa desea ser presentada como una seria alternativa a la condena, es necesario que incorpore el complicado equilibrio entre el deseo de informalidad y autonomía del proceso mediador, por un lado, y la necesidad de preservar los derechos y salvaguardas de los sujetos involucrados en el mismo (del infractor, pero también de la víctima y su familia), por otro lado.*”⁷⁶”

VI. Comunidades Autónomas Españolas Pioneras en Mediación Penal.

Como ya hemos visto no hay una regulación específica en España sobre la mediación penal, solo algunas menciones en diferentes textos normativos. Sin embargo esto no ha sido impedimento para que en algunas de nuestras comunidades autónomas hayan empezado a resolver conflictos por medio de esta técnica.

El Consejo General del Poder Judicial ha puesto en marcha en diferentes órganos judiciales proyectos piloto de mediación penal en adultos, apoyados en protocolos específicos ante esta ausencia de regulación expresa.

Cataluña, el País Vasco, Castilla y León o la Comunidad Valenciana son pioneras en poner en marcha esta herramienta de Justicia Restaurativa, esta última fue la primera en nuestro país, comenzó en el año 1993, más de una década practicando la mediación penal que ha dado sus frutos, pues cuenta en la Audiencia Provincial de Alicante, con una Oficina de Mediación en la que el porcentaje de asuntos resueltos con acuerdo entre las partes es del 57%. Los asuntos resueltos por esta oficina, que coordina el presidente de la Audiencia, Vicente Magro, están relacionados con cuestiones como el impago de pensiones, los delitos de lesiones, o aquellos de carácter patrimonial como estafas o alzamientos de bienes⁷⁷. Desde su experiencia, Magro asegura que el fomento de la mediación y su mayor uso “aliviaría mucho la jurisdicción penal, evitando el juicio, la sentencia y la fase de ejecución, resultando más barato que crear nuevos juzgados”.

La Comunidad Catalana que comenzó en 1998 con la mediación penal en adultos, tiene transferidas las competencias de medios personales y materiales de la

⁷⁵ CUADRADO SALINAS, C. *La Mediación ¿Una alternativa real al proceso penal?*. Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología.

⁷⁶ BERND-DIETER MEIER, “Restorative Justice-A New Paradigm...”, ob., cit., p. 133.

⁷⁷ VIGIL, A “*La mediación penal se abre paso en España*” Revista Expansión.

La Mediación Penal en Adultos

Administración de Justicia, en virtud del contenido de su Estatuto de Autonomía⁷⁸, concretamente a la asistencia jurídica gratuita, y a los procedimientos de mediación y conciliación.

El procedimiento se realiza a cargo Equipos de Mediación y Reparación Penal integrados en la Generalitat dentro del Departamento de Justicia⁷⁹.

Como decíamos, esta experiencia en adultos es eminentemente de facto, pues no existe una base legislativa, sino simplemente un práctica que se va convirtiendo en algo consolidado, desarrollada por esas competencias transferidas.

Además, en la Comunidad Catalana, estudios demuestran que la relación de la mediación con la reincidencia es inversamente proporcional, disminuyendo en los casos en los que se ha llevado a cabo una mediación, provocando además el consiguiente aumento de satisfacción entre las partes que participan en el proceso⁸⁰. Siguiendo con este estudio, se señala que habiendo crecido en 2003 un 31% la mediación entre acusados y víctimas, se puede afirmar que entre 2001 y 2006 se resolvieron con éxito el 70% de los casos sometidos a mediación penal⁸¹.

País Vasco al igual que Cataluña tiene competencias transferidas en materia de justicia por su Estatuto de Autonomía⁸², concretamente en materia de ejecución de la legislación penitenciaria. El Servicio de Mediación en adelante (SMV) Vasco fue creado en julio de 2007 a partir de la experiencia piloto desarrollada en Baracaldo, lo que propició la puesta en marcha del servicio en Vitoria-Gasteiz y determinó su consolidación definitiva con los servicios de mediación penal que desde octubre de 2008 funcionan en Bilbao y en Donostia⁸³.

⁷⁸ Vease artículo 106 de Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña. «BOE» núm. 172, de 20/07/2006.

⁷⁹ MARTINEZ SOTO T., “*Mediación penal y su implantación en España: Ámbito de la responsabilidad del menor. Estudio comparativo con Reino Unido*” Revista internacional para estudios de derecho procesal y arbitraje www.riedpa.com No 1 – 2011.

⁸⁰ SORIA, M.A., ARDAMANS, i., VIÑAS, M.R., MANZANO, J., “Mediación penal adulta y reincidencia. El grado de satisfacción de los infractores y las víctimas”, Revista de psicología social, 2008, no 23, pág. 16

⁸¹ MARTINEZ SOTO T., “*Mediación penal y su implantación en España: Ámbito de la responsabilidad del menor. Estudio comparativo con Reino Unido*” Revista internacional para estudios de derecho procesal y arbitraje www.riedpa.com No 1 – 2011.

⁸² Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre, de Estatuto de Autonomía para el País Vasco. «BOE» núm. 306, de 22 de diciembre de 1979 Referencia: BOE-A-1979-30177

⁸³ SÁEZ R., SÁEZ C., RÍOS J., OLAVARRIA T., FÁBREGA C., GALLEGOS C., PANTOJA F., “*la mediación penal dentro del proceso. análisis de situación. propuestas de regulación y autorregulación. protocolos de evaluación. documento ideológico: análisis desde la perspectiva de la política criminal y del derecho a la tutela judicial efectiva*” Grupo de Investigación Consejo General del Poder Judicial.

La Mediación Penal en Adultos

El SMV ha sido concebido y organizado desde parámetros de justicia restaurativa, concibiendo la mediación penal como herramienta restaurativa, de carácter alternativo en sus métodos pero engarzada en la estructura del sistema penal, con vocación de servirle de complemento a aquél desde los principios de la justicia restaurativa. Partiendo de tales objetivos, vincula su eficacia al compromiso de los operadores jurídicos, buscando y propiciando la creatividad y comunicación entre todos para contribuir a su mejora.

Desde 2007 tres juzgados vascos participan en un proyecto organizado por el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) en toda España. Los juzgados de Instrucción número 1 de Bilbao y de Vitoria, y el juzgado de lo Penal número 2 de San Sebastián.

Toda esta labor, se ha plasmado en dos informes que recogen información sobre toda esta experiencia en 2007 y 2008⁸⁴, reflejando además que se han cerrado con acuerdo las mediaciones en un 79% de media de los casos tratados entre Baracaldo, Bilbao, San Sebastián y Vitoria.

Sin embargo, como decíamos en el caso de la experiencia catalana, igualmente en el caso del País Vasco no existe una base legislativa necesaria para la implantación de la Justicia Restaurativa como herramienta de la mediación⁸⁵.

El Servicio de Mediación Penal de Castilla y León (Amepax)⁸⁶ se crea en el año 2004 con el apoyo del Fiscal Superior de la Comunidad, don Manuel Martín-Granizo y del Fiscal Jefe de Burgos, don Santiago Mena.

Sin duda Amepax es un claro ejemplo de la utilidad de la mediación penal, pues no tenemos más que conocer sus datos para darnos cuenta de ello. Así por ejemplo en el año 2013 un 70% de los asuntos que recibieron, les llegó directamente de las partes, en el 2014 la derivación de la fiscalía y del juzgado sumaron un 70% de las derivaciones a justicia restaurativa.

En el año 2015 las personas que más demandaban el servicios estaban comprendidos en edades entre 31 a 45 años con un 61%, esto avala la buena acogida y el pronóstico favorable de buen funcionamiento de estos procesos restaurativos, ya que son las personas que todavía tienen mucha vida por delante, las que se han dado cuenta

Noviembre de 2010.

⁸⁴ GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, J., “Experiencias de mediación penal... op. cit.pág.156. Vid: <http://www.justizia.net>.

⁸⁵ ROMERA ANTÓN, C., Mediación penal: Mediando en conflictos violentos, Mediación y solución... op. cit., pág 604 y ss

⁸⁶ Memoria de actividad del Servicio de Mediación Penal de Castilla y León-Amepax.

La Mediación Penal en Adultos

de los beneficios de acudir a este servicio.

Con relación al número de infractores (denunciados) y víctimas (denunciantes), hay que hacer una salvedad y es que en ocasiones las partes son tanto denunciantes como denunciados, a veces hay más de un denunciado, en otros casos un mismo denunciado participa en más de una mediación y por último algunas partes tienen más de un juicio pendiente entre sí, y todos ellos se han solucionado por un proceso restaurativo

Respecto de los infractores en el 2013, un 61% eran menores de 45 años y en total una 94% eran personas que estaban entre los 18 y los 45 años, un tramo de edad muy importante por cuanto son jóvenes y todavía tienen una personalidad en formación, que puede desarrollarse de forma más adecuada si participan en un proceso restaurativo, ya que les va a ayudar a responsabilizarse del delito cometido y querer cambiar. En la misma línea, este año un 95% son infractores de menos de 45 años y volvemos a atender a infractores jóvenes pues un 59% tienen una edad comprendida entre los 18 y los 30 años.

Con respecto a las víctimas, en el año 2013 eran las personas jóvenes pero de un poco más edad las que mayoritariamente participaron en un proceso restaurativo con un 60%. Y como llamativo se puede ver cómo un 88% fueron menores de 45.

VII. Conclusiones.

Primera.- A la primera conclusión que he llegado después de realizar el trabajo, es la necesidad de regulación de la mediación penal para adultos en España. Para que así, pueda incorporarse en todos los puntos del país este método de resolución de conflictos, en el cual, víctima e infractor, voluntariamente, se reconocen capacidad para participar en la resolución del mismo, con la ayuda de un tercero persona imparcial, el mediador. Esta participación de los implicados durante el proceso, y en el pacto final para poner fin al litigio nos asegura cien por cien que las partes están conformes y sentirán que su problema ha sido resuelto de una forma real

Segunda.- Después de hacer un acercamiento conceptual hacia la justicia restaurativa y la mediación penal, hemos descubierto como se abre paso un nuevo modelo de justicia, distinta de la asentada en el Orden Penal Español, la retributiva. Diferente en el sentido que la justicia retributiva deja de lado a la víctima, al no considerar en el proceso sus emociones, ni su estado de ánimo. Esto conlleva a que en muchas ocasiones, la víctima tenga un sufrimiento extra, la agonía de pasar por ese proceso, la conocida victimización secundaria. Además provoca que muchas veces, aún imponiéndole una pena considerable al autor, la víctima no se encuentra satisfecha de una manera plena, pues sigue necesitando otro tipo de resarcimiento, como puede ser, el entender porque el infractor actuó de ese modo, lo que consigue escuchando del mismo, su perdón.

La justicia restauradora, en cambio, no da pie a que se produzca ese daño continuado, pues la víctima tendrá siempre disponibilidad de decisión, afrontará sus miedos al verse cara a cara con el encausado, con la seguridad y tranquilidad que este irá de buena fe.

En el acto de mediación ambas partes se enfrentaran, para expresar sus sentimientos, intentando llegar a un acuerdo racional y eficaz para ambos. Este consenso entre partes nos asegura que el conflicto ha sido resuelto de una forma real, y que la víctima ve reparado su daño. Todo ello gracias a que la mediación hace responder al infractor por las consecuencias ocasionadas a la víctima por la comisión de su ilícito. Sobre esas consecuencias tendrá una serie de benéficos penales como ya hemos visto, además de acercarle valores que harán que probablemente no vuelva a reincidir.

Tercera.-Respecto a la figura del mediador, la otra pieza fundamental en estos procesos, vemos, que aunque sea un tercero imparcial, se implica en el conflicto, sin ceñirse únicamente a aspectos legales. Tiene en cuenta los interés y los miedos de cada parte.

La Mediación Penal en Adultos

Hemos conocido los principios de la mediación, las garantías de la justicia restaurativa, los efectos en cada modalidad, y la ventajas e inconvenientes que llevan aparejados. Con lo que podemos alcanzar otras conclusiones desde estos puntos.

Cuarta.- La primera, la aplicación de la mediación penal como método de resolución de conflictos en adultos tiene muchas más ventajas que inconvenientes.

Quinta.- Los principios que la rigen garantizan todos los derechos que ampara nuestra norma suprema, que además estarán presentes en todo momento. Esto convierte a la mediación en una herramienta muy viable, un sistema de resolución novedoso, y en una alternativa al proceso judicial.

Sexta.- Después de realizar un estudio legislativo sobre el tema, se puede afirmar de manera rotunda que España ha hecho caso omiso a las exigencias de Europa, de regulación sobre mediación penal.

Cierto es que se intentó hacer caso a las exigencias de Europa de impulsar y regular la mediación, ejemplo de ello es el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011. El Anteproyecto considera la mediación como un complemento al proceso penal que aplica el principio de oportunidad. Recoge los principios que rigen esta institución, las consecuencias que se derivan de la misma y su procedimiento.

Destacar, de manera negativa, que este se remita a la Ley 5/2012, que regula la mediación en asuntos civiles y mercantiles, atribuyendo incluso la competencia funcional para la ejecución del acuerdo a un órgano jurisdiccional del orden civil. Aspecto que no alcanzo a entender, pues al igual que sucede en los casos que se alcanza la conformidad en el proceso penal, debería ser un órgano del orden penal el que asumiese la ejecución del acuerdo.

Séptima.- El Estatuto de la Víctima, adquiere importancia si hablamos de mediación penal, pues es la herramienta que regula, unifica y adapta a la normativa europea, los derechos de las víctimas.

Define el concepto de víctima en un sentido amplio, las directas y las indirectas. Ofrece soluciones sociales y jurídicas, a las mismas según sus necesidades. Además aparecen reconocidos un catálogo de derechos, en los que destaca el acceso a los servicios de justicia reparadora.

Octava.- Finalmente, destacar que la ausencia de regulación sobre la mediación penal en adultos, no ha sido impedimento alguno, para que algunas comunidades hayan puesto en marcha algunas experiencias pilotos. Siendo los resultados de las mismas, excelentes.

La Mediación Penal en Adultos

La Mediación Penal en Adultos

VII. Bibliografía.

- BERND-DIETER MEIER, “Restorative Justice-A New Paradigm in criminal law”.. Netherlands, Kluwe Law Internacional, 1998.
- CGPJ. Guía Práctica para la Mediación Intrajudicial. 2016
- COMJIM. Manual de Buenas Prácticas de Mediación Penal Juvenil. Conferencia de Ministros de Países Iberoamericanos
- CRUZ PARRA, J.A. “La mediación penal. Problemas que presenta su implantación el procesopenal y sus posibles soluciones” Universidad de Granada, 2013.
- CUADRADO SALINAS,C. *La Mediación ¿Una alternativa real al proceso penal?*. Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología. ISSN-1685-0194. 2015
- ETXEBARRIA ZARRABEITIA, X. “Justicia restaurativa y fines del Derecho Penal”, Editorial Reus, Madrid, 2014.
- FLORES PRADA, I. “*Algunas reflexiones sobre la justicia restaurativa en el sistema español de justicia penal*”. Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje.
- GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, J., “Experiencias de mediación penal”. Revista di Criminologia, Victimologia e Sicurezza.
- GARCIA SEDANO, T. “*Mediación, Derecho Penal, y Tutela Judicial Efectiva*” Editorial LA LEY.
- GIMENO SENDRA, V, “Manual de Derecho Procesal Penal”, Colex, , Madrid, 2010.
- GORDILLO SANTANA, “La justicia restaurativa y la mediación penal” Iustel, Madrid, 2007.
- JIMENO BULNES,M. *¿Mediación penal y/o justicia restaurativa? Una perspectiva europea y española*. Diario LA LEY. 2015

La Mediación Penal en Adultos

-MARTINEZ EMPERADOR, R. “La mediación: sistema complementario de Administración de Justicia”. Consejo General del Poder Judicial. Centro de Documentación.

-Memoria de actividad del Servicio de Mediación Penal de Castilla y León-Amepax.

-MONTERO HERNANZ, T. “*La mediación penal en España*”, Actualidad Jurídica Aranzadi. 2013.

-OLAVARRIA IGLESIA, T. “El Ministerio Fiscal en los procesos de Mediación Penal”.http://www.cejmjusticia.es/cej_dode/doc_users/pdf/nueva_oficina_judicial/mediacion_y_conciliacion/MEDIACION_PENAL_Cej_PONENCIA.pdf

-PAREDES GALLARDO,C. “*La mediación penal: especial atención a los extranjeros*”. Revista de Mediación 2015.

-Protocolo de Mediación Penal, CGPJ.

-RODRIGUEZ GARCÍA, N., “*Presente y futuro de la mediación penal*”. Universidad de Salamanca. 2016.

-ROMERA ANTÓN, C., “*Mediación penal: Mediando en conflictos violentos, Mediación y solución*”. Centro de Documentación Judicial.

-SAEZ C. “*Las miserias del proceso penal*”. Artículo, Letrada de la Administración de Justicia. Madrid

-SÁEZ R. , SÁEZ C., RÍOS J., OLAVARRIA T., FÁBREGA C., GALLEGO C., PANTOJA F., “*la mediación penal dentro del proceso. análisis de situación. propuestas de regulación y autorregulación. protocolos de evaluación. documento*

La Mediación Penal en Adultos

ideológico: análisis desde la perspectiva de la política criminal y del derecho a la tutela judicial efectiva” Grupo de Investigación Consejo General del Poder Judicial. 2010.

-SUANZES PÉREZ, «La Justicia restaurativa: Normativa actual en el ámbito de la jurisdicción de menores», en Soluciones alternativas al proceso, Centro de Estudios Judiciales, Estudios del Ministerio Fiscal.

-SOLER NOGUERA, I. ;IGLESIAS ORTUÑO, E.; *“mediación penal y justicia restaurativa en europa. estudio exploratorio de la legislación vigente en mediación penal de los países pertenecientes a la unión europea”* Universidad de Murcia.

-VAQUERO LOPEZ, C., *“Principio de oportunidad y mediación. Alternativa viable y necesaria”*. Revista mediación. 2012.

-VIGIL, A *“La mediación penal se abre paso en España”* Revista Expansión.

-ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, «Sobre el derecho de defensa en la mediación penal», en Justicia penal y derecho de defensa, (GUZMÁN/FLORES dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

Páginas web:

http://www.cejmjusticia.es/cej_dode/doc_users/pdf/nueva_oficina_judicial/mediacion_y_conciliacion/MEDIACION_PENAL_Cej_PONENCIA.pdf

<http://www.fundacionmediara.es/index.php/mediacion/mediacion-penal>

<http://www.juecesdemocracia.es/pdf/anteproyectos.pdf>

<http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/actividad-legislativa/normativa/comisiones-institucionales>

https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=DOUE-L-2012-82192

<http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/10364-la-suspension-de-la-pena-por-el-acuerdo-de-mediacion-alcanzado-en-la-reforma-del-codigo-penal/>

La Mediación Penal en Adultos

<http://www.expansion.com/juridico/actualidad-tendencias/2015/09/02/55e73873e2704ebf268b459c.html>

www.cej-mjusticia.es