

Grado en Derecho
Facultad de Derecho
Universidad de La Laguna
Curso 2014/2015
Convocatoria: Julio

LA MEDIACION EN EL PROCESO PENAL| MEDIATION IN CRIMINAL PROCEEDINGS.

“La mediación no es un fin, sino un instrumento para alcanzar ciertos fines en los que ocupan un primer lugar los intereses de la víctima”.



Trabajo realizado por el alumno: Gregorio D. Zamora Jara.
Tutorizado por la Prof. Ana T. Afonso Barrera.
Departamento de Derecho Público y Privado Especial y Derecho de la Empresa.
Área: Derecho Procesal.

ABSTRACT

The aim of this paper is to analyze the various alternative dispute resolution systems, focusing this research in the study of criminal mediation. In particular the principles governing that institution will be analyzed, demonstrations of alternative resolution systems polemicists in criminal proceedings as well as the legal status of the mediator, and the figure of the victim throughout the process.

Understood mediation as an alternative dispute resolution system, has for the first time the possibility to implant in the criminal process, which is regulated in the proposed text Articulated Criminal Procedure Act.

RESUMEN

El objetivo de este trabajo es analizar los distintos sistemas alternativos de resolución de conflictos, centrándose la presente investigación en el estudio de la mediación penal. En concreto se analizarán los principios reguladores de la citada institución, las manifestaciones de sistemas alternativos de resolución de controversias en el proceso penal, así como el estatuto jurídico del mediador, y la figura de la víctima durante todo el proceso.

La mediación entendida como sistema alternativo de resolución de conflictos, tiene por primera vez la posibilidad de implantarse en el proceso penal, que se regula en la propuesta de Texto Articulado de Ley de Enjuiciamiento Criminal.

INDICE
LA MEDIACION EN EL PROCESO PENAL
PRIMERA PARTE.

La mediación como sistema alternativo de resolución de controversias jurídicas

I. Introducción.....	1
II. Sistemas de resolución de conflictos.....	3
2.1 Sistema de autotutela o autodefensa.....	4
2.2 Sistema de autocomposición.....	5
2.3 Sistemas heterocompositivos.....	10
III. La mediación en la Ley 5/2012, de 6 de julio, de asuntos civiles y mercantiles.....	13
3.1 Concepto.....	13
3.2. Principios.....	14
3.3 Acuerdo de mediación y eficacia como título de ejecución.....	19

SEGUNDA PARTE.
La mediación en el proceso penal

I Introducción.....	22
II. Principios reguladores de la mediación penal. El principio de oportunidad.....	25
III. Manifestaciones de sistemas alternativos de resolución de controversias en el proceso penal.....	28
IV. La Propuesta de Ley de Enjuiciamiento Criminal.....	32
4.1. Exposición de Motivos.....	32
4.2. Regulación de la mediación.....	32
V. El estatuto jurídico del mediador. Derechos y obligaciones.....	35
VI. Procedimiento.....	39
VII. Las víctimas en la mediación.....	43
VIII. Conclusiones.....	46
IX. Bibliografía.....	48

ADDENDA

ABREVIATURAS

CC: Código Civil

CE: Constitución Española

CP: Código Penal

EOMF: Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, aprobado en virtud de la Ley de 30 de diciembre de 1981

LA: Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje

LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil.

LEVD: La Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito

LM: Ley 5/2012, de 6 de julio en asuntos civiles y mercantiles.

LORPM: Ley 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

LPD: Ley 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal

LTJ: Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado

ORC: Oficinas de Resolución de Conflictos.

Protocolo: Protocolo del Consejo General del Poder Judicial

Proyecto LECrim: Propuesta de Texto Articulado de la Ley de Enjuiciamiento Criminal

RD: Real Decreto

SRC: Sistemas de Resolución de Conflictos.

PRIMERA PARTE

LA MEDIACION COMO SISTEMA ALTERNATIVO DE RESOLUCION DE CONTROVERSIAS

I. Introducción

El presente trabajo de investigación, realizado dentro de las líneas ofertadas por el Área de Derecho Procesal¹, tiene por objeto, el estudio de la institución de la mediación en el proceso penal regulada en la Propuesta de texto articulado de Ley de Enjuiciamiento Criminal elaborada por la Comisión Institucional (en adelante, Proyecto LECrim) creada por Acuerdo de Consejo de Ministros de 2 de marzo de 2012 en el Libro II de las “*Disposiciones generales sobre las actuaciones procesales y la mediación penal, arts. 143 a 146*”.

Pretende el legislador introducir en nuestro proceso penal una institución que ya ha sido experimentada, con éxito, en ordenamientos jurídicos próximos, institución que, en España está implantada, no solo en el ámbito civil y mercantil, a través de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (en adelante LM) sino también en el propio proceso penal, concretamente en Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor, que regula la mediación como método de resolución de conflictos que surgen por la comisión de determinadas infracciones no violentas sobre la base del principio de oportunidad.

El antecedente más remoto de esta institución en nuestra historia jurídica, se encuentra en las Cortes de los antiguos Reinos de León y Castilla, que instaron al Rey para establecer en cada ciudad, una figura denominada “*Conciliadores*” para “*convenir y concertar a qualesquier personas de qualesquier calidad que sean en tal pueblo tovieron pleitos y diferencias*”² y realizando un salto en el tiempo, se llega a la década de los años setenta del

¹ Deseo agradecer los valiosos comentarios y sugerencias realizados a este trabajo por la Prof. Ana Afonso Barrera.

² SAEZ, C, Experiencia Piloto, pág. 3 “L. KAGAN, “*Pleitos y pleiteantes en Castilla*”.

pasado siglo, donde se empezó a estudiar la implantación de sistemas alternativos de resolución de conflictos, los denominados en el sistema anglosajón ADR³ y entre los que destaca la mediación, que ofrece como ventajas la obtención de soluciones prácticas, efectivas y rentables a determinados conflictos entre partes y ello la configura como una alternativa al proceso judicial o a la vía arbitral, de los que se ha de deslindar con claridad.

En este trabajo, se trata de explicar las razones por las que el legislador pretende instaurar en nuestro sistema penal esta institución, que supondría, en el caso de que llegara a implantarse un verdadero cambio sociocultural, con especial incidencia, en los operadores jurídicos que participan en el sistema judicial.

Por un lado, con la mediación penal se persigue posibilitar la utilización, siempre voluntaria, de un mecanismo de solución de conflicto entre infractor y víctima que satisfaga las expectativas de ambos; de la víctima porque obtiene una explicación del hecho, una petición de perdón y una pronta reparación, y, para el infractor porque con la mediación obtendrá beneficios favorables, procesales y materiales, derivados del acuerdo, que se alcance en su caso.

Y por otro, es preciso contar con una institución que tenga presente como idea básica la *Justicia Restaurativa*, razón por lo cual esta institución goza de un gran predicamento y se inserta, como mecanismo de resolución de conflictos de naturaleza penal en muchas legislaciones, resultando ser la constatación del escaso o poco éxito que la aplicación de un concepto exclusivo, de justicia retributiva o sancionadora ha tenido cuando se trata de la satisfacción de la víctima así como reeducación y reinserción del penado, que no se debe olvidar que es la finalidad que se persigue con las penas privativas de libertad, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 25.1 CE “*Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán*

³ Lo que en la doctrina anglosajona se denomina ADR (acrónimo: *alternative dispute resolution*).

orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados”.

La mediación penal, a la que se refiere este trabajo, es una mediación intra-judicial, guiada por la Administración de Justicia, ya que no cabe, la mediación extra-judicial, privada, porque en este tipo de mediación se trata de resolver conflictos de naturaleza pública en los que se ven afectados derechos fundamentales y bienes jurídicos que son lesionados por la comisión de hechos delictivos, actuándose *el ius puniendi* del Estado.

En consecuencia, no cabe la posibilidad de que se implante o regule una mediación penal extra-judicial, y se debería, adelantando ya unas posibles conclusiones, regular esta institución a través de un sistema público incorporado a la Administración de Justicia y dependiente del Ministerio de Justicia y por otra parte crear ORC (Oficinas de Resolución de Conflictos) que se ubicaran en la sede del órgano jurisdiccional encargada de informar al ciudadano de los servicios que tiene a su disposición para la resolución de sus conflictos, siempre atendiendo a las características que presente cada caso concreto.

Concluyendo esta introducción lo que se pretende es implantar en nuestro país una institución ordenada a la paz jurídica, que contribuya a concebir a los tribunales de justicia en este sector del ordenamiento jurídico como *la ultima ratio*, el último remedio, obligando a remover la mentalidad existente con hábitos y prejuicios que tiende a recurrir siempre a los tribunales de justicia.

II-. Sistema de resolución de conflictos

En nuestro ordenamiento jurídico se articulan distintos sistemas de resolución de conflictos puesto que es una de las funciones esenciales de nuestro Estado de Derecho, que debe garantizar la tutela de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos. Este propósito se encuentra en los distintos mecanismos de resolución de conflictos, mediante los cuales, o bien son las partes o un tercero imparcial, los que debaten la controversia

planteada, con la finalidad de poder resolverla mediante el acuerdo que se alcance.

Es preciso destacar, las ventajas que ofrecen estas instituciones, que pretenden implementar estos sistemas alternativos de conflictos para que, desde un primer momento, no se acuda a la vía judicial, mitigando de trabajo a los órganos jurisdiccionales, lo que lleva a nuestro legislador, a regular dichas materias, con el fin de perseguir una optimización de los distintos recursos de la Administración de Justicia.

Otra cuestión que hay que reseñar, es que si no se alcanza un acuerdo que resuelva el conflicto, puesto que no se logra el objetivo pretendido, se puede acudir al correspondiente procedimiento judicial o arbitral.

En cuanto a las desventajas que brindan estos sistemas hay que destacar el posible desequilibrio económico entre las partes o, que se pueda llegar a imponer a la parte más débil soluciones para resolver la controversia, de manera forzada, argumentando los altos costes que de no aceptar esta solución, le supondría tener que acudir a la vía judicial o arbitral.

2.1. Sistema de autotutela o autodefensa

Se trata históricamente, de la más primitiva al igual que injusta y peligrosa fórmula de resolución de conflictos, entendida como la justicia del ojo por ojo, o Ley del Talión.

Se caracteriza por la solución coactiva del conflicto por la parte más fuerte o que ocupa en él una situación hegemónica. Gráficamente la autotutela se caracteriza mediante una relación vertical o inclinada, en la que la parte más fuerte impone su solución a la más débil.

La autotutela es propia de sociedades primitivas en las que la organización estatal era muy débil, por lo que los particulares se veían obligados a tomarse la justicia por su mano⁴.

⁴ Así en la Edad Media, mediante los “*duelos*” también conocidos como juicios por combate, era un sistema del derecho germánico para resolver acusaciones en ausencia de testigos o de una confesión en la que dos partes en combate luchaban, en igualdad de condiciones, y donde el ganador era proclamado poseedor de la verdad. Se mantuvo en uso durante toda la Edad Media Europea, y desapareció de forma paulatina durante el transcurso del siglo XVI.

En la actualidad y sobre todo a nivel internacional, desgraciadamente. Aun se recurre a este injusto medio de por de solución de los conflictos entre Estados, a través de la guerra⁵.

Como consecuencia, pues, de los peligros que para la sociedad entraña este método de solución de los conflictos, no está permitido en nuestro ordenamiento jurídico y muestra de ello son la prohibición de la realización arbitraria del propio derecho (art. 455 CP) o tipificando el delito de coacciones (art. 172 CP) y, de otro, garantizando el derecho de tutela o de libre acceso de los ciudadanos a sus tribunales (art. 24 CE).

Sin embargo, todavía subsisten algunas manifestaciones lícitas de la autodefensa concretamente la legítima defensa como circunstancia eximente de la responsabilidad penal (art. 20.4 CP).

En conclusión, está prohibido este sistema de resolución de conflictos, siendo admitido los sistemas que se analizan seguidamente.

2.2. Sistema de autocomposición

En este sistema son las propias partes en conflicto las que van a decidir si desean o no, someterse a la aplicación del mismo, englobando varios mecanismos de solución de conflictos, la negociación, la conciliación o la mediación, los cuales presentan dos finalidades: Una primera, evitar el proceso jurisdiccional o arbitral y, la segunda, que una vez iniciado el proceso jurisdiccional o arbitral, darle fin al mismo.

A la autocomposición se puede llegar sin la intervención o participación de terceras personas, o incluso mediando un tercero neutral, que facilite el dialogo entre ambas partes o incluso buscando soluciones alternativas al conflicto, resultando de las mismas, o no, el correspondiente acuerdo o transacción.

La principal peculiaridad de este sistema es que son las propias partes las que buscan una alternativa al conflicto, pues a pesar de estar enfrentadas, resuelvan sus desavenencias en ejercicio del principio de la autonomía de la

⁵ GIMENO SENDRA, V., Introducción al Derecho Procesal, edit. Colex, 2003, pág., 20.

voluntad, cediendo o renunciando a parte de sus pretensiones a fin de alcanzar el pretendido acuerdo.

Con frecuencia se suele identificar la autocomposición como un mecanismo de resolución en el que exclusivamente participan las partes, sin embargo, no hay que olvidar que cuando interviene un mediador o incluso un órgano jurisdiccional también estamos dentro del sistema de autocomposición.

Con independencia de que el objeto de este trabajo es la mediación, resulta necesario realizar un breve análisis de cada uno de los sistemas autocompositivos, el contenido mínimo y esencial de cada uno de ellos.

San Cristóbal Reales define la negociación como un sistema de resolución de conflictos mediante el cual dos o más partes con intereses contrapuestos se comunican para llegar a un acuerdo, cediendo en algo cada una de ellas⁶.

Con frecuencia y, como regla general, no obligatoria, una de las partes plantea la posibilidad de llegar a un acuerdo antes de acudir a la vía jurisdiccional, por lo que se suele presentar como el sistema primario de resolución de conflictos, al que acuden las propias partes, si bien, cabe la posibilidad, de intentar una negociación una vez iniciado el proceso judicial o arbitral, pues se intenta una negociación con la finalidad de resolver de manera más ágil y económica el litigio que se sustancia. Esto sucede, mediante la utilización de los mecanismos de suspensión del proceso judicial⁷, o es la causa que motiva el desistimiento del demandante, o los sistemas de terminación anticipada en proceso arbitral⁸.

⁶ SAN CRISTOBAL ROSALES, S. “Sistemas alternativos de resolución de conflictos, negociación, conciliación, mediación, arbitraje, en el ámbito civil y mercantil”. Anuario jurídico y económico escurialense, XLVI (2013), pág. 44.

⁷ El art. 414 LEC en la convocatoria para la audiencia previa prevé la posibilidad de informar a las partes de la posibilidad de recurrir a una negociación para intentar solucionar el conflicto incluso acudir a una mediación, explicando en la audiencia su decisión y las razones de la misma, y en el art. 443.3 LEC párrafo segundo también el tribunal podrá invitar a las partes a que intenten alcanzar un acuerdo que ponga fin al proceso.

⁸ Artículo 38 Ley 60/2003, de arbitraje (en adelante LA): **1.** Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, sobre notificación y, en su caso, protocolización del laudo, y en el artículo siguiente, sobre su corrección, aclaración y complemento, las actuaciones arbitrales terminarán y los árbitros cesarán en sus funciones con el laudo definitivo. **2.** Los árbitros también ordenarán la terminación de las actuaciones cuando: a) el demandante desista de su demanda, a menos que el demandado se oponga a

Respecto al núcleo central de la negociación, en lo que a la intervención se refiere solo participan las propias partes, aunque como se dijo con anterioridad a la presentación de la institución del sistema autocompositivo, puede intervenir un tercero neutral, cuya finalidad no es otra que la de expresar o realizar una determinada vocación sobre la cuestión de conflicto, o incluso orientar la resolución de la controversia.

Como consecuencia de lo anterior, y si la negociación que se realiza entre estas, prospera, y se alcanza un acuerdo, se habrá producido una transacción⁹ cuya finalidad es la de evitar la vía del proceso jurisdiccional o arbitral, dando lugar a una transacción extraprocesal¹⁰ o incluso poner fin a un proceso jurisdiccional o arbitral ya iniciado. En este sentido, participa de la naturaleza jurídica de un contrato suscrito entre las propias partes, fruto del principio de la autonomía de la voluntad debido a su naturaleza jurídica material, produciendo efectos tales como que pueda ser elevado a escritura pública a efectos de conseguir un título de ejecución, siendo susceptible, no de recurso, pero si del posible ejercicio de la acción de nulidad de los contratos.

Como segundo sistema autocompositivo aparece la conciliación, en la que, son las propias partes las que optan por ejercerla, con la finalidad de evitar el inicio de un pleito o incluso poner fin al juicio que se haya iniciado, por consenso en la solución del conflicto, siempre y cuando la materia sobre la que verse sea disponible.

ello y los árbitros le reconozcan un interés legítimo en obtener una solución definitiva del litigio, b) las partes acuerden dar por terminadas las actuaciones, c) los árbitros comprueben que la prosecución de las actuaciones resulta innecesaria o imposible. 3. Transcurrido el plazo que las partes hayan señalado a este fin o, en su defecto, el de dos meses desde la terminación de las actuaciones, cesará la obligación de los árbitros de conservar la documentación del procedimiento. Dentro de ese plazo, cualquiera de las partes podrá solicitar a los árbitros que le remitan los documentos presentados por ella. Los árbitros accederán a la solicitud siempre que no atente contra el secreto de la deliberación arbitral y que el solicitante asuma los gastos correspondientes al envío, en su caso.

⁹ Artículo 1809 CC: “La transacción es un contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado”.

¹⁰ La transacción extraprocesal, se realiza con carácter previo al proceso judicial o arbitral, y fuera de la sede judicial o arbitral.

Morón Palomino, entiende que la conciliación, o acto de conciliación, es un procedimiento judicial dirigido a conseguir la autocomposición de un conflicto o controversia jurídica¹¹.

Se encuentra regulada en los artículos 460 a 480 LEC de 1881, con las modificaciones introducidas por Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial.

A pesar del escaso impulso de la conciliación se debe hacer referencia a que la propia conciliación presenta un carácter facultativo o voluntario¹² y ante ello nuestro ordenamiento jurídico distingue dos tipos de modalidades en relación con la litispendencia¹³: la conciliación pre-procesal y la intraprocesal.

Por una parte, si la conciliación se produce con anterioridad al juicio, cuya finalidad es evitarlo, se denomina preprocesal, presentando una naturaleza de acto de jurisdicción voluntaria¹⁴; se trata de un acto previo al proceso que se desarrolla formalmente, debido a su institucionalización, cuya finalidad es la de alcanzar, sin más, un acuerdo que evite el ulterior proceso.

El artículo 460 LEC, señala que antes de promover un proceso judicial, se podrá intentar un juicio de conciliación ante el Secretario Judicial del Juzgado de Primera Instancia o del Juzgado de Paz competente, añadiendo toda una serie de supuestos en los que no procede la conciliación¹⁵.

¹¹ MORON PALOMINO, M., Derecho Procesal Civil. Cuestiones fundamentales, Marcial Pons, Madrid, 1993, pág. 178.

¹² Ante ello, debe de constar que hasta la reforma LEC de 1881, realizada en 1984 la conciliación era obligatoria, pero dado el poco éxito que se obtenía se convirtió en facultativa.

¹³ Vid., art. 410 LEC, entendida como la pendencia de un litigio con plenitud de sus efectos.

¹⁴ Al respecto se debe de hacer un comentario doctrinal sobre la naturaleza jurídica del acto de conciliación de la LEC de 1881: MONTERO AROCA Y OTROS: Derecho Jurisdiccional II. Proceso Civil, 21ª edición, pág. 180 GIMENO SENDRA-ARENILLA ALLARD: Derecho Procesal Civil. El Proceso de Declaración. Parte General, 3ª edición, 2010, pág. 290, establece la regulación de la conciliación en la futura Ley sobre Jurisdicción Voluntaria. MORÓN PALOMINO, entiende que la autocomposición es la esencia de la conciliación, puesto que conciliar no es transigir, es autocomponer, lo que no impide que como una de las posibles vías de autocomposición figure la transacción.

¹⁵ Añade el precitado artículo que no se admitirán a trámite las peticiones de conciliación relacionadas con: 1.º Los juicios en que estén interesados el Estado, las Comunidades Autónomas y las demás Administraciones públicas, Corporaciones o Instituciones de igual naturaleza. 2.º Los juicios en que estén interesados los menores y los incapacitados para la libre administración de sus bienes. 3.º Los

Será competente territorialmente el juzgado domicilio y, en su defecto, el de la residencia del futuro demandado, y si este fuera persona jurídica corresponderá la competencia al juzgado del domicilio social del demandante.

En cuanto a la tramitación de dicho acto de conciliación, bastara con que el futuro demandante presente la denominada papeleta de conciliación ante el Secretario Judicial o el Juez de paz (art. 465 LEC), presentando tantas papeletas firmadas por él, o por un testigo a su ruego si no pudiera firmar, cuantos fueren los demandados y una más, en cuyas papeletas se expresara: los nombres, profesión y domicilio del demandante y demandado, la pretensión que se deduzca y la fecha.

Por lo que se refiere a la citación y comparecencia de los interesados son de aplicación los artículos 466 a 470 LEC, y respeto a la celebración del acto, rige el artículo 471 LEC, el cual encomienda al Juez la tarea de procurar la avenencia. Si no pudiera conseguirse debido a la actuación del futuro demandado debido a la no comparecencia al acto de conciliación, se dará el acto por terminado sin efecto¹⁶.

Si la misma termina sin avenencia, las partes podrán acudir a otros mecanismos como son el proceso o el arbitraje, que son sistemas heterocompositivos de resolución de controversias.

En el caso de que el proceso ya se haya iniciado, y lo que se pretenda es finalizarlo, se habrá producido una conciliación procesal o intraprocesal¹⁷ bien en la audiencia previa en el caso del juicio ordinario, o en la vista del juicio verbal donde si las partes manifiestan que han alcanzado un acuerdo o se muestran dispuestas a concluirlo se podrá proceder de inmediato a solicitar al tribunal que homologue lo acordado o bien desistir del proceso

juicios de responsabilidad civil contra Jueces y Magistrados. 4.º En general, los que se promuevan sobre materias no susceptibles de transacción ni compromiso.

¹⁶ En la audiencia previa del juicio ordinario o en la vista del juicio verbal. Vid., nota a pie de página, número 7.

¹⁷ La conciliación intraprocesal, está regulada por la LEC actual, en los artículos 415 y 428.2, para el juicio ordinario, y en el artículo 443.3 para el juicio verbal.

estando entonces ante un título de ejecución (art. 517.2.3º LEC) que podrá llevarse a efecto por los trámites previstos para la ejecución de sentencias.

De lo contrario si las partes no hubiesen llegado a un acuerdo o no se mostrasen dispuestos a concluirlo de inmediato, continuara la audiencia previa o la vista del juicio verbal de conformidad con lo previsto en la LEC.

Por último, cabe destacar la institución de la mediación que puede funcionar al igual que la negociación o conciliación, o como sistema que ponga fin al proceso de judicial o arbitral ya iniciado o incluso, en la fase de ejecución.

Actualmente está regulada por la LM, concibiéndose como un sistema de resolución de controversias voluntario, pues son las partes en conflicto, con la intervención de un tercero neutral, el denominado mediador¹⁸, que actuara con la finalidad de alcanzar el tan aclamado acuerdo.

Si las partes entendieran, que ellos mismo no pueden llevar adelante la negociación para alcanzar un acuerdo, tienen la opción de acudir al mecanismo de la mediación que cuenta con la intervención del mediador, encargado de conducir a las partes a comunicarse de forma constructiva y a colaborar, con la finalidad de poder resolver el litigio.

Por último y partiendo de la base del proceso de mediación, el mediador no será, a diferencia del juez o el árbitro, el que imponga el acuerdo, sino que serán las propias partes las que lo alcancen contando con la función colaboradora que desarrolla el mediador que les ayuda a que resuelvan sus diferencias.

2. 3. Sistemas heterocompositivos

La heterocomposición es un sistema de resolución de conflictos que se caracteriza porque es una persona¹⁹ individual o colegiada, e imparcial, la que actúa supra partes, imponiendo una decisión fundada en derecho, por la que va a resolver el conflicto suscitado entre aquellas.

¹⁸ El Diccionario de la Real Academia Española define mediador como aquel “*que media*”.

¹⁹ Se debe de distinguir entre órgano unipersonal y colegiado, puesto que en el primero interviene bien un juez o un árbitro y en el segundo, la intervención se produce bien por el colegio arbitral o por un tribunal

Dentro del sistema heterocompositivo se distinguen dos instituciones, el proceso y el arbitraje. El conflicto se resuelve a través de una resolución que despliega efectos de cosa juzgada material, y puede ser una sentencia, si se ha optado por el proceso, o bien un laudo si se ha optado por el arbitraje.

El arbitraje se encuentra regulado en la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, modificada por la Ley 11/2011, de 20 de mayo (en adelante LA), definido por San Cristóbal Reales como un sistema en el que la solución del conflicto se deja en manos de una o varias personas (*árbitros*) que pueden ser elegidas directamente por las partes, o en su defecto, por el juez (*arbitraje ad-hoc*), o designadas por la institución si se tratase de un arbitraje de carácter institucional²⁰.

En cuanto a su naturaleza jurídica procede señalar, como principal característica, su carácter convencional, puesto que son las partes las que deciden someterse de manera voluntaria a dicha institución, sustituyendo la justicia pública por la justicia privada, siempre y cuando se trate de materias de libre disposición para las partes.

Otro de los aspectos a tener en cuenta es la figura del árbitro²¹, encargado de resolver el litigio, que ejerce potestad declarativa, careciendo en todo momento de potestad de ejecución.

Las partes tienen la opción de suscribir un convenio arbitral en el que acuerdan someterse a arbitraje, o bien, cabe la posibilidad que en el propio negocio jurídico (contrato de derecho privado) establezcan una cláusula en este mismo sentido, en el caso de que surgiera una controversia en el cumplimiento del mismo.

En el art. 34 LA, se establece que serán las propias partes las que otorguen al árbitro la potestad para poder resolver el correspondiente litigio en el marco de las normas que ellas mismas dispongan o establezcan en el convenio arbitral. Por lo tanto, el ya mencionado convenio arbitral establece el ámbito y las condiciones para poder resolver el conflicto y legitima al

²⁰ SAN CRISTOBAL ROSALES, S, ob., cit., pág. 48.

²¹ Según el Diccionario de la Real Academia del Lenguaje la palabra árbitro: “*persona que arbitra en un conflicto entre partes*”.

árbitro, en el desempeño de sus funciones, sobretudo en la función declarativa, la cual concluye cuando dicta el oportuno laudo.

En cuanto al procedimiento arbitral, lo pactan libremente las partes, siempre respetando los principios consagrados en los artículos 24 y 25 LA, principios tales como la igualdad, audiencia y contradicción, al que hay que añadir el principio de confidencialidad, por lo que no se podrá dar publicidad alguna al contenido del procedimiento.

Contra el laudo emitido se podrá ejercitar la acción de anulación²², conforme al art. 40 y ss. LA, sustanciándose por los cauces del juicio verbal, ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma donde el laudo se hubiera dictado, art. 8.5 LA.

Como segundo sistema heterocompositivo existe el proceso que se desarrolla ante un órgano jurisdiccional (unipersonal o colegiado, si se trata de un tribunal) ante el cual se pueden plantear todo tipo de controversias, sobre materias tanto disponibles como no disponibles para las partes.

De conformidad con el artículo 117.1 la justicia emana del pueblo (soberanía popular) y se ejercita, de modo exclusivo, por jueces y magistrados, artículo 117. 3, que juzgan y hacen ejecutar lo juzgado, utilizando como instrumento técnico el proceso, siendo los principios de independencia y sumisión a la ley los que legitiman el ejercicio por aquellos de la potestad jurisdiccional. Será la parte actora o demandante la que, en ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva, artículo 24.1, inicie el proceso sin que sea necesaria la existencia de un previo acuerdo entre las partes.

Dependiendo del orden jurisdiccional en el que se plantee el conflicto, el proceso podrá ser iniciado a instancia de parte, en aplicación del principio de oportunidad y justicia rogada, artículo 216 LEC, que también son aplicables a los procesos contencioso administrativo y social; en cambio, si se trata de un proceso penal, actuándose el “*ius puniendi*” del Estado, no solo es

²² La Exposición de Motivos de la LA, manifiesta que no debe de utilizarse la expresión “recurso” por resultar técnicamente incorrecta, utilizando el termino anulación, con unos motivos tasados impidiendo la revisión del fondo de la decisión de los árbitros, limitándose al examen de las cuestiones meramente procesales.

posible la iniciación del mismo a instancia de parte (denuncia o querrela) sino que también, rigiendo el principio de investigación, cabe la iniciación de oficio.

Por último, en relación a estos dos métodos heterocompositivos, es preciso hacer mención a que ambos, tienen en común, que la resolución que pone fin al mismo, despliega efectos de cosa juzgada y tanto el árbitro como el juez gozan de “*potestas o imperium*” a la hora de imponer su decisión sobre el conflicto, si bien, como ya se ha expuesto, en el caso del arbitraje, deriva de la existencia del convenio arbitral, y en el proceso, deriva del ejercicio de la función jurisdiccional, manifestación de uno de los tres poderes del Estado, el Poder Judicial (arts. 117-127 CE).

III. La mediación en la Ley 5/2012, de 6 de julio, en asuntos civiles y mercantiles

3.1. Concepto

La Ley 5/2012 regula la mediación como un instrumento ofrecido a los sujetos privados para resolver sus conflictos.

La mediación, puede ser examinada desde dos aspectos, primero como fórmula de autocomposición, es un instrumento eficaz para la resolución de conflictos o controversias que versan sobre derechos subjetivos de carácter o naturaleza disponible. Segundo, como institución contribuye a concebir a los tribunales de justicia en ese sector del ordenamiento jurídico como un último remedio, en caso de que no sea posible componer la situación por la mera voluntad de las partes, y puede ser un hábil coadyuvante para la disminución de la carga de trabajo de aquellos, reduciendo su intervención a aquellos casos en que las partes enfrentadas no hayan sido capaces de poner fin, desde el acuerdo, a la situación de controversia.

El art. 1 de la LM, define a la mediación como aquel *medio de solución de controversias, cualquier que sea su denominación, en que dos o más partes intervienen para poder intentar, de manera voluntaria, alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador.*

Es un sistema de gestión de conflictos en el 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 determinado asunto, objeto de controversia, con la finalidad de comprender el origen del conflicto, sus causas y consecuencias, a confrontar sus puntos de vista y a elaborar acuerdo sobre el modo de reparación, tanto material como simbólica.

Por consiguiente, según el protocolo²³, la mediación, está concebida como *“aquel método estructurado de gestión o solución de controversias, cualquiera que sea su denominación, en la que dos o más partes intentan de manera voluntaria, alcanzar por sí mismas un acuerdo pacífico y satisfactorio con la intervención de un mediador”*.

Se considera a la mediación, como un sistema más rápido y menos costoso que acudir al proceso. Esto supondría que la derivación, de las causas se llevaría a través de este método de autocomposición, pudiendo disminuir de manera considerablemente el número de procesos que requieran un pronunciamiento judicial lo que sin lugar a duda redundaría en una mayor calidad de trabajo para los órganos jurisdiccionales.

3.2. Principios

Se trata en este epígrafe de analizar los principios generales que informan la mediación, aplicables cualquiera que sea la naturaleza del conflicto o controversia que se trata de resolver a través de este sistema.

3.2.1. Voluntariedad

Entre los principios rectores de esta institución se debe de hacer mención a la voluntariedad, entendida como la voluntad de las partes enfrentadas de acudir a este sistema para intentar alcanzar por si mismas un acuerdo. Por ello, la característica principal y más distintiva de la mediación como sistema alternativo de resolución de conflictos es su carácter voluntario, sin que se pueda imponer de forma coactiva a las partes.

²³ Protocolo del Consejo General del Poder Judicial, 1986.

El artículo 6 de la LM²⁴ establece que la mediación siempre será voluntaria, por lo que nadie está obligado a mantenerse en el procedimiento de mediación, ni a concluir o obtener un acuerdo.

La voluntariedad debe de ser entendida como la libertad para alcanzar los acuerdos que más convengan a sus intereses, con tal que los mismos no excedan del amplio ámbito de actuación que se reconoce a la autonomía de la voluntad en esta materia (art. 1224 CC). Esto es, la libre disponibilidad en relación con las medidas que se acuerden tiene como límite, las normas de carácter imperativo establecidas en la legislación civil.

Como consecuencia de lo anterior, la consecución del acuerdo depende de la voluntad de las partes, sin que existe coacción alguna de la voluntad de estas, puesto que la solución no será impuesta por un tercero ajeno a las mismas, ya que lo que se intenta conseguir es que las partes decidan libremente, acudiendo a este sistema para acercar posturas y lograr un acuerdo satisfactorio al conflicto planteado.

La máxima expresión de este principio se deduce en la actitud positiva y constructiva de las partes a favor de la consecución de un acuerdo (*idea cooperativa*) más que de derrotar a su contrincante (*idea adversarial*), lo cual constituye una importante ventaja, no sólo para que dicho procedimiento concluya con la consecución de un acuerdo, sino también para que éste sea verdaderamente respetado y cumplido por las partes²⁵.

3.2.2. Neutralidad e imparcialidad

Impone el ordenamiento jurídico la obligación de neutralidad e imparcialidad en la figura del mediador puesto que no se le puede requerir actuar con independencia en el sentido de no sumisión a nada ni a nadie que no sea el ordenamiento jurídico.

²⁴ Así lo recogen la mayoría de las leyes autonómicas, en las que se proclama que las partes gozan de entera libertad para iniciar el procedimiento de mediación familiar o para desistir de él en cualquier momento del mismo, sin necesidad de alegar causa alguna.

²⁵ ORTIZ PRADILLO, J. “Análisis de los principios informadores de la mediación en materia civil y mercantil”, Boletín del Ministerio de Justicia, año 2011, pág. 9.

La Recomendación N° R (98) 1²⁶ contempla que “*la persona mediadora tiene el deber de la imparcialidad y, en consecuencia ha de ayudar a los participantes a alcanzar los acuerdos pertinentes sin imponer ninguna solución ni medida correcta ni tomar parte*”.

Recoge el artículo 7 LM la obligación de *imparcialidad de los mediadores* garantizando, de esta manera, que las partes intervengan en el proceso de mediación, manteniendo el equilibrio entre sus posiciones y el respeto hacia los puntos de vista de las mismas, sin que el mediador pueda actuar en perjuicio o interés de cualquiera de ellas. Y en el siguiente artículo 8 regula la obligación de neutralidad²⁷, estableciendo que las actuaciones de mediación se desarrollaran de forma que permitan a las partes en conflicto alcanzar por si mismas un acuerdo de mediación, actuando el mediador de acuerdo con la obligación de responsabilidad consagrada en el artículo 14 de la precitada ley.

El principio de imparcialidad lleva aparejado la exigencia de neutralidad, por lo que es necesario diferenciar ambos conceptos.

La imparcialidad está dirigida a garantizar la relación entre el mediador y las partes, que se someten a la mediación, exigiendo al mediador una total ausencia de interés con respecto al objeto de la mediación y hacia las propias partes²⁸; mientras que la neutralidad se refiere al resultado material que se derive de ese proceso de mediación, centrándose en la actitud del mediador, tercero imparcial, exigiéndole que su comportamiento durante el desarrollo del proceso de mediación, muestre la esencia de la neutralidad.

3.2.3. Confidencialidad

²⁶ Recomendación n° r (98)1 del comité de ministros a los estados miembros sobre la mediación familiar, aprobada por el Consejo de Ministros el 21 de enero de 1998, a partir de la 616 reunión de los delegados de los ministros.

²⁷ MARTIN CASALS, M. “que el mediador no imponga acuerdos ni que oriente a las partes para alcanzar acuerdos que sean más conformes a su propia escala de valores...”

²⁸ Es la misma imparcialidad que se exige a los jueces y magistrados en el ejercicio de la función jurisdiccional, estableciendo la LOPJ mecanismos para garantizarla que son la abstención y la recusación, reguladas dichas instituciones en los arts. 217 y siguientes LOPJ.

Este principio de confidencialidad no debe entenderse como principio rector de la mediación, sino más bien como una garantía esencial, por la que se obtiene el éxito de la mediación. Puede ser incluso considerada, como una condición “*sine qua non*” para el correcto funcionamiento de los sistemas de resolución de conflictos.

Para poder definir la confidencialidad, se puede tener en cuenta lo que manifiesta Corvo López que la considera como un elemento clave para que la mediación resulte eficaz pues, teniendo presente que las partes pueden abandonar el proceso en cualquier momento y acudir a los Tribunales en base al principio de voluntariedad, difícilmente podría crearse ese clima de confianza mutua y colaboración recíproca si no se garantiza a las partes, que lo que se habla en la dinámica del proceso de mediación, no va a traspasar la frontera del espacio mediador a menos que lo haga en forma de acuerdo; en otras palabras, si no se les garantiza que las declaraciones que realicen acerca de los hechos que rodean el conflicto no podrán ser utilizadas en su contra en un futuro proceso judicial.

La confidencialidad, también debe de ser entendida como consecuencia del deber de garantizar la privacidad de la información utilizada, es decir de los datos personales, económicos e íntimos de los sujetos implicados que se manejen en el proceso de mediación.

En este sentido, la misma constituye una de las claves del proceso de mediación a la hora de garantizar la armonización de los métodos extrajudiciales, ya que la documentación y el contenido de las distintas sesiones de mediación se considera confidencial sin que pueda ser conocido por terceros y aportado en un procedimiento judicial o arbitral, salvo las excepciones que se contemplan en el artículo 9.2 LM: cuando las partes de manera expresa y por escrito les dispensen del deber de confidencialidad y cuando, mediante resolución judicial motivada, sea solicitada por los jueces del orden jurisdiccional penal.

De lo anteriormente expuesto, se desprende que tanto para las partes como para el mediador la confidencialidad se vincula con la obligación de

secreto profesional, sin que trascienda hacia el exterior nada de lo alegado, manifestado o discutido en el proceso de mediación.

3.2.4. Gratuidad

La gratuidad no puede ser entendida de manera expresa como un principio angular de la mediación, a pesar de que el artículo 15 LM, al referirse al coste de la mediación, da a entender que, como regla general, no es gratuita²⁹ por tanto tiene carácter oneroso.

La mediación se presenta, como un método de resolución de conflictos, más económico, que el proceso judicial, ya que no exige capacidad de postulación, a diferencia de lo que ocurre en el proceso (arts. 23 y 31 LEC).

Es cierto que la postulación procesal será preceptiva para la homologación judicial del acuerdo, pero no habrá condena en costas para ninguna de las partes, salvo la apreciación de temeridad o mala fe en la actuación procesal. Por lo que en principio, las partes solo tendrán que abonar los honorarios de sus respectivos abogados y de la persona o institución mediadora.

3.2.6. Profesionalidad

Como ya se ha expuesto, la mediación es un proceso de diálogo que se gestiona por un tercero, considerado un profesional en la materia con la preparación técnica adecuada para reconducir las posturas cerradas de las partes enfrentadas.

La profesionalidad del mediador resultará de haber alcanzado la formación que se exija reglamentariamente, ya sea a nivel nacional o autonómico, sin perjuicio de que tratándose del desarrollo de específicas

²⁹ En este sentido, el Informe del CGPJ, de 19 de mayo de 2010, op. cit., pág. 26, establece que: *“en ningún momento la gratuidad se perfila como elemento definitorio de la mediación, aunque no faltan voces que señalan que si desde las instancias públicas no se asegura la retribución de los mediadores y las instituciones de mediación, serán muy pocos los interesados en acudir a este medio alternativo de solución de conflictos. Sin embargo, establecer un régimen de mediación en asuntos civiles y mercantiles basado en la gratuidad para los sujetos que acudan a ella, tendría el riesgo de hacer recaer un gravamen excesivo sobre las arcas públicas justamente en relación con un tipo de controversias que por definición son de índole estrictamente jurídico-privada, y partiendo de la base de que los particulares afectados acuden voluntariamente a la mediación tratando de hallar una alternativa más rápida y flexible que la que podrían obtener en sede judicial”*

habilidades comunicativas y de gestión de conflicto, la experiencia acumulada y contrastada a través de los correspondientes controles de calidad, debe ser igualmente valorada por el Tribunal a la hora de configurar un posible registro de mediadores.

3.2.7. Flexibilidad

El proceso de mediación debe ser flexible para poder adaptarse a las circunstancias concretas del caso y de los sujetos. Las pautas a seguir se convienen en cada caso por el mediador y las partes al inicio del proceso, incluida su duración.

Ante ello el artículo 17 LM, establece la correspondiente información y las sesiones informativa que se llevan a cabo entre las partes, donde este informara sobre las posibles causas que puedan afectar a su imparcialidad, profesionalidad, formación y experiencia.

No es adecuado fijar una duración igual para todas las mediaciones, aunque en las derivadas desde un órgano jurisdiccional es conveniente desarrollarlas aprovechando los “*tiempos muertos*” del proceso, es decir, entre un acto o trámite y el siguiente señalado, de tal forma que, de no lograrse un acuerdo, no constituya una dilación para la decisión de la controversia.

Así, en el primero, rigen los principios de improrrogabilidad de los plazos para la realización de los actos procesales (art. 134 LEC), derivando del mismo el efecto de la preclusión, (art. 136 LEC) que impide la realización del acto procesal del que se trate, a lo que hay que añadir el principio de impulso procesal, conforme al cual el Secretario Judicial es el que da de oficio impulso al proceso, dictando al efecto las resoluciones necesarias (art. 179 LEC).

Y en el segundo, hay que señalar que el procedimiento de mediación se caracteriza por su flexibilidad y antiformalismo en lo que a plazos se refiere y sobre todo por la voluntariedad de las partes a someterse a este estadio.

3.3. Acuerdo de mediación y eficacia como título de ejecución

A partir del momento en el que consta que ambas partes han decidido someter la controversia a mediación mediante acuerdo³⁰, ya sea definitivo o parcial, se llevara a cabo el procedimiento, que puede finalizar con o sin acuerdo.

En relación con el citado acuerdo, el artículo 144 del Proyecto LECrim, remite en los supuestos de mediación institucionalizada o profesional a lo establecido en los artículos 23, 25 y 26 LM³¹.

El artículo 23, establece el contenido del *acuerdo de mediación*, que puede referirse a la totalidad de la controversia o bien de una determinada parte de la misma, indicando la identidad y el domicilio de las partes, lugar y fecha en que se suscribe el meritado acuerdo, las obligaciones que cada parte asume, así como que se ha llevado a cabo de manera efectiva el procedimiento de mediación de conformidad con lo dispuesto en dicha ley.

Asimismo, deberá identificar al mediador o mediadores que han intervenido, o en su caso, la institución de mediación en la cual se ha desarrollado el correspondiente procedimiento.

Otro de los requisitos de carácter formal, es que el acuerdo de mediación deberá estar firmado por las partes, o en su caso, por sus representantes legales, para que de esta manera quede constancia que dicho acuerdo se ha entendido en todos sus términos, que se produce una aceptación pura y simple del mismo, siempre teniendo presente que contra dicho acuerdo solo podrá ejercitarse la acción de nulidad, prevista para el régimen de impugnación de los contratos.

Además se deberá de entregar una copia del acuerdo a cada una de las partes intervinientes, así como otra para el mediador que ha participado en la obtención de dicho acuerdo, custodiándose otra para su conservación.

³⁰ GARCÍA VILLALUENGA "el negocio jurídico lícito, nacido a consecuencia de la labor mediadora, constituido generalmente por varias declaraciones de voluntad, tutelado por el Derecho, que le atribuye determinados efectos jurídicos consecuencia de lo que se manifiesta como querido (*ex voluntate*)".

³¹ Vid. arts. 23, 25 y 26 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

Una vez constatado el cumplimiento de los requisitos formales, el mediador informara a las partes, que el acuerdo alcanzado puede ser elevado a escritura pública, constituyéndose de esta manera en un título de ejecución³².

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 25 las partes podrán elevar a escritura pública el acuerdo alcanzado tras el correspondiente procedimiento de mediación, el cual deberá ser presentado por ambos, ante fedatario público acompañando las actas de la sesión constitutiva y final del procedimiento de mediación.

En esta formalización, no será necesaria la presencia del mediador, ya que será el propio notario el que verificara el cumplimiento de los requisitos exigidos en la Ley 5/2012 y que su contenido no es contrario a Derecho.

Una vez elevado a escritura pública el acuerdo de mediación, si se quisiera ejecutar el mismo en otro Estado, sería preciso dar efectivo cumplimiento a los requisitos que puedan exigir todos aquellos convenios internacionales que hayan sido suscritos por el estado español.

Finalmente, alcanzado el acuerdo, si existe un proceso pendiente, es decir, en tramitación, son las partes las que deben solicitar al órgano jurisdiccional que este conociendo de dicho proceso, que proceda a homologar el acuerdo siempre y cuando él mismo sea ajustado a derecho y será ese mismo órgano jurisdiccional el que ostente la competencia funcional para la ejecución del citado acuerdo, todo ello conforme con el artículo 26 LM.

Si se trata de acuerdos formalizados, tras un procedimiento de mediación la competencia para la ejecución le corresponde al Juzgado de Primera Instancia del lugar en que se hubiera firmado el acuerdo de mediación, de

³² El art. 517 LEC, enumera y mezcla de manera indebida, en opinión de la doctrina procesal, los títulos de ejecución y los títulos ejecutivos. En este sentido, GARBERI LLOBREGAT: Derecho Procesal Civil. Procesos declarativos y Procesos de ejecución, 1ª ed. Bosch, 2011, páginas 794 y 795, considera un dislate el realizado por el legislador que mezcla, los verdaderos títulos de ejecución con títulos que no abren un proceso de ejecución, sino un proceso declarativo especial y sumario denominado Juicio ejecutivo (art. 1429 y ss. LEC de 1881). Esta equiparación entre verdaderos títulos de ejecución y títulos ejecutivos provoca en la vigente LEC que no se proceda a la apertura de ningún proceso declarativo, sino que se acuda directamente a la apertura de un proceso de ejecución forzosa, diseñando la LEC dos diferentes procesos de ejecución: una para ejecutar títulos de ejecución en sentido estricto y otro para la ejecución de títulos no jurisdiccionales.

acuerdo con el art. 545.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil³³ (en adelante LEC).

Resulta llamativo y criticable que el Proyecto LECrim, remita a la regulación de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, Ley 5/2012, y atribuya la competencia funcional para la ejecución del acuerdo de mediación penal a un órgano jurisdiccional del orden civil, cuando lo propio sería que asumiese la ejecución del citado acuerdo un órgano integrante del orden jurisdiccional penal, como sucede en los supuestos en los que se alcanza una conformidad en el proceso penal.

SEGUNDA PARTE

LA MEDIACIÓN EN EL PROCESO PENAL

Comienza la exposición de esta segunda parte de este trabajo de investigación con la conclusión básica de el mismo, la necesidad de que en el orden jurisdiccional penal el legislador decidiera regular este sistema alternativo de resolución de conflictos, en un sector del ordenamiento jurídico en el que se actúa el “*ius puniendi*”, de titularidad exclusiva del Estado, donde se compromete un derecho fundamental esencial, el derecho a la libertad, artículo 17 CE.

I. Introducción

Rigiendo en el proceso penal el principio de legalidad, establecido en el artículo 1 LECrim, conforme al cual “*no se impondrá pena alguna por consecuencia de actos punibles, cuya represión incumba a la jurisdicción ordinaria, sino de conformidad con las disposiciones del presente Código o de Leyes especiales y en virtud de sentencia dictada por juez competente*”, constituye el mismo, el principal límite impuesto por el Estado de Derecho al ejercicio de la potestad punitiva, incluyendo una serie de garantías (penal,

³³ Art. 545.2 Ley de Enjuiciamiento Civil: “2. Cuando el título sea un laudo arbitral o un acuerdo de mediación, será competente para denegar o autorizar la ejecución y el correspondiente despacho el Juzgado de Primera Instancia del lugar en que se haya dictado el laudo o se hubiera firmado el acuerdo de mediación”.

procesal y penitenciaria) que impiden que el Estado intervenga penalmente más allá de lo que permite la ley, no excediéndose en el ejercicio del “*ius puniendi*”.

El Tribunal Constitucional declara que el principio de legalidad contiene, en primer lugar, una garantía material que se corresponde con la *predeterminación normativa de las conductas ilícitas y las sanciones correspondientes*”, (art. 1 CP) es decir, proporciona la necesaria seguridad jurídica sobre cuáles son las conductas punibles y las penas que se le asignan; además, el principio de legalidad penal conlleva una segunda garantía formal que hace exigible que las leyes penales sean promulgadas con determinado rango³⁴, lo que equivale a la reserva de ley.

Esta formulación tan amplia se concreta en el contenido esencial del principio y en diferentes derivaciones del mismo que conforman las distintas garantías individuales. De esta forma, el contenido esencial del ya mencionado principio, en materia penal, radica en que no puede sancionarse ninguna conducta ni imponerse pena alguna que no se encuentre establecida en la ley, que se plasma con el aforismo *nullum crimen, nulla poena, sine lege*.

Desde un punto de vista del derecho positivo, el principio de legalidad y sometimiento al imperio de la ley se encuentra proclamado en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948, en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950 y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York de 19 de diciembre de 1966.

Asimismo, el sometimiento a la ley se consagra en el artículo 9.1 CE, que establece que “*los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico*”, añadiendo el apartado tercero del citado artículo, con carácter general, que la Constitución garantiza el principio de legalidad y asimismo, el artículo 117.1 CE dispone

³⁴ En esta línea las SSTC 21.8.88 y 19.7.89

que la Justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados sometidos únicamente al imperio de la ley.

Por otra parte, en cuanto al carácter estricto y exigible del mencionado principio, el artículo 25.1 CE concreta su ámbito de aplicación estableciendo que *“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”*.

Rigiendo el principio de legalidad en nuestro ordenamiento jurídico, es preciso vincularlo con la figura del Ministerio Fiscal, parte acusadora en el proceso penal, donde está obligado a ejercitar la acción penal cuando se trate de delitos públicos, con independencia de que haya o no acusador particular en la causa, quedando excluido del proceso cuando se persigan delitos privados (art. 105 LECrim), pudiendo intervenir si se tratan de delitos semipúblicos o semiprivados siempre y cuando se hubiera interpuesto denuncia por el agraviado o su representante legal, salvo que sea el propio Ministerio Fiscal el que deba de formular la denuncia en los casos de menores o personas de todo punto desvalidas.

También, es menester señalar que uno de los principios que rigen la actuación del Ministerio Fiscal es el principio de legalidad unido al de la imparcialidad, con independencia de los intereses que en cada caso pudiesen convenir al Gobierno de turno, de acuerdo con lo establecido en el artículo 2.1 Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, aprobado por Ley de 30 de diciembre de 1981 (en adelante EOMF).

En este sentido, el art. 124.1 CE, afirma que *“el Ministerio Fiscal tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la Ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante estos la satisfacción del interés social”*.

Lo dispuesto en el artículo anteriormente transcrito, se desarrolla en los artículos 3 y 4 del EOMF, que le confiere legitimación para poder ejercitar las acciones penales y civiles dimanantes de delitos y faltas, incluso llegando a oponerse a las ejercitadas por otros cuando proceda, además de consignar y

apreciar tanto las circunstancias favorables como adversas para el presunto reo³⁵ todo ello sin perjuicio de otras funciones relativas a la protección, defensa y representación de menores e incapacitados³⁶; la prestación del auxilio judicial internacional previsto en las normas, tratados y convenios internacionales³⁷, así como su intervención, de carácter necesario, en cualquier proceso en defensa de derechos fundamentales y libertades públicas.

II. Principios reguladores de la mediación penal. El principio de oportunidad

Si bien ya en la primera parte de este trabajo fueron objeto de estudio los principios inspiradores de la mediación en el ámbito del Derecho Privado (civil y mercantil), resulta necesario, en esta segunda parte, incidir en los principios informadores o pilares esenciales de la Mediación Penal, puesto que obedece y se rige por unos principios sustentadores que revelan su naturaleza, al mismo tiempo que la protegen en sus eventuales riesgos y excesos³⁸.

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 mismo³⁹.

Ahora bien, dicho principio no es incompatible con la obligación de asistir a una primera sesión meramente informativa en la que las partes y sus respectivos letrados entran en contacto, se produce, de esta manera, un primer acercamiento a esta institución.

En segundo lugar, el principio de confidencialidad, garantizara la intimidad de la información que se obtenga en el proceso de mediación. A

³⁵ Vid., art. 2 LECrim.

³⁶ En este sentido, vid., art. 3º.7 EOMF.

³⁷ Vid., art. 3º.14 EOMF.

Protocolo de Mediación Penal, CGPJ, pág. 88.

³⁹ CRUZ PARRA, J.A. La mediación penal. Problemas que presenta su implantación el proceso penal y sus posibles soluciones edit., Universidad de Granada, 2013.

través del mismo, se garantiza que el contenido de las sesiones de mediación, así como la documentación que haya sido objeto de prueba u análisis, no podrá ser declarada como publica ya que ha sido obtenida por el propio mediador en el proceso, el cual actúa bajo secreto profesional y sobretodo en el cumplimiento del principio de buena fe.

En tercer lugar, encontramos la gratuidad, por ahora, de este servicio. El proceso será totalmente gratuito debido al carácter público que tiene el Derecho Penal, es por ello por lo que los gastos derivados de dicha mediación, serán asumidos por la Administración de Justicia.

En cuarto lugar, sin ser menos importante, encontramos el principio de oficialidad, mediante el cual, le corresponde al órgano jurisdiccional, al juez, previo acuerdo o a iniciativa del Ministerio Fiscal, o del abogado defensor, en su caso, la derivación de los casos al Servicio de Mediación Penal.

Es menester, como no, hablar o nombrar al menos con una breve pincelada el principio de profesionalidad, que debe de informar la actuación de cualquier mediador, puesto que al ser la mediación un proceso de dialogo gestionada y asistido mediante este profesional, con la preparación pertinente para encauzar las posturas procesales cerradas de las partes en conflicto hacia los intereses de cada uno.

Por una parte, se debe de establecer el marco para que la negociación se encamine hacia un acuerdo placentero, concurriendo entre ambas partes, la voluntad de conseguirlo, esto significara que la actuación del mediador ha sido provechosa puesto que, al haberlo alcanzado determina la funcionalidad y competencias del mismo en el ámbito de sus funciones.

En quinto lugar, se debe de tener en cuenta que el proceso de mediación penal, debe ser flexible en cuanto a los plazos específicos para las entrevistas individuales y la conclusión del proceso, por ello se debe hablar del principio de flexibilidad de la mediación penal. Por ello debe de adaptarse a las circunstancias concretas del caso y de los sujetos intervinientes, así como las pautas a seguir en cada caso por el mediador y las partes al inicio del proceso. En lo que a la duración se refiere, no es aconsejable fijar una duración igual congénere 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 acuerdo, tampoco haya supuesto una dilación para la decisión de la controversia.

En sexto lugar, el mediador no tendrá 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. Es por ello por lo que de este contenido, se desprenden los principios de imparcialidad y neutralidad, que rigen en el proceso de mediación, de carácter general y en consecuencia, en la mediación penal.

En séptimo lugar, se debe hacer una breve puntualización sobre los principios de bilateralidad y buena fe. Estos suponen que ambas partes disponen de las mismas armas u oportunidades para poder manifestar, su voluntad en consonancia con la doctrina de la mediación, que no es otra que satisfacer el propio interés de las partes, y que estas actúen conforme a los principios claramente expuestos, así como el planteamiento y la negociación, para la consecución de un futuro acuerdo. Por ello, se debe de enfocar todo el proceso de mediación a colaborar y apoyar al mediador en su labor.

Siguiendo con los principios informadores de la mediación penal, no se puede obviar la importancia que para la misma tiene el principio de oportunidad, como contrario al principio de legalidad desarrollado en el epígrafe anterior.

Según Gimeno Sendra⁴⁰, 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.

Constituye un fundamento configurador del ejercicio del *ius puniendi* que legitima a los sujetos titulares de la acción penal a disponer de su realización

⁴⁰ GIMENO SENDRA, Vicente, “Manual de Derecho Procesal Penal”, Colex, 2010, Madrid, pág., 62.

conforme a los requisitos establecidos normativamente, con independencia de que exista perseverancia de la posible comisión de un hecho punible por un determinado sujeto.

Su establecimiento constitucional resultaría discutible, 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, 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.

En conclusión el principio de oportunidad, entendido en términos absolutos, entraría en claro conflicto con muchos de los principios configuradores del ordenamiento jurídico, como los de proporcionalidad, igualdad e interdicción de la arbitrariedad.

III. Manifestaciones de sistemas alternativos de resolución de controversias en el proceso penal

Aunque en nuestro proceso penal no se ha implantado la institución de la mediación, ello no impide que existan algunas manifestaciones de sistemas alternativos para la resolución de controversias.

El primero que se puede citar es la posible conciliación entre delincuente y víctima en el proceso que regula la responsabilidad penal de los menores.

Se manifiesta en la Exposición de Motivos de la LORPM, en el apartado trece, lo siguiente:

“Un interés particular revisten en el contexto de la Ley los temas de la reparación del daño causado y la conciliación del delincuente con la víctima como situaciones que, en aras del principio de intervención mínima, y con el concurso mediador del equipo técnico, pueden dar lugar a la no incoación o sobreseimiento del expediente, o a la finalización del cumplimiento de la medida impuesta, en un claro predominio, una vez más, de los criterios educativos y resocializadores sobre los de una defensa social esencialmente basada en la prevención general y que pudiera resultar contraproducente para el futuro.

La reparación del daño causado y la conciliación con la víctima presentan el común denominador de que el ofensor y el perjudicado por la infracción llegan a un acuerdo, cuyo cumplimiento por parte del menor termina con el conflicto jurídico iniciado por su causa. La conciliación tiene por objeto que la víctima reciba una satisfacción psicológica a cargo del menor infractor, quien ha de arrepentirse del daño causado y estar dispuesto a disculparse. La medida se aplicará cuando el menor efectivamente se arrepienta y se disculpe, y la persona ofendida lo acepte y otorgue su perdón. En la reparación el acuerdo no se alcanza únicamente mediante la vía de la satisfacción psicológica, sino que requiere algo más: el menor ejecuta el compromiso contraído con la víctima o perjudicado de reparar el daño causado, bien mediante trabajos en beneficio de la comunidad, bien mediante acciones, adaptadas a las necesidades del sujeto, cuyo beneficiario sea la propia víctima o perjudicado.”

El artículo 19 establece el sobreseimiento del expediente por conciliación y por la futura reparación entre el menor infractor y la víctima, pudiendo el “Ministerio Fiscal desistir de la continuación del expediente, atendiendo a la gravedad y circunstancias de los hechos y del menor, de modo particular a la falta de violencia o intimidación graves en la comisión de los hechos, y a la circunstancia de que además el menor se haya conciliado con la víctima o haya asumido el compromiso de reparar el daño causado a la víctima o al perjudicado por el delito, o se haya comprometido a cumplir la actividad educativa propuesta por el equipo técnico en su informe.

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

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

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

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

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

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

Constituye el artículo transcrito una clara manifestación del principio de oportunidad a la vista de las circunstancias que concurren, la ausencia de violencia o intimidación, la conciliación producida entre el menor infractor y su víctima (perdón) y la reparación del daño causado.

También recoge la LORPM la posibilidad de dar entrada a la conciliación o reparación en aquellos supuestos en que se haya dictado sentencia de condena y, en la misma, se imponga al menor infractor el cumplimiento una medida, siempre que el órgano jurisdiccional, Juzgado de Menores, considere que con el tiempo ya cumplido de la medida impuesta se ha manifestado o expresado, de manera suficiente el reproche que merecen los hechos que cometió el menor.

En este sentido el artículo 51.3 establece que:

“ La conciliación del menor con la víctima, en cualquier momento en que se produzca el acuerdo entre ambos a que se refiere el artículo 19 de la presente Ley, podrá dejar sin efecto la medida impuesta cuando el Juez, a propuesta del Ministerio Fiscal o del letrado del menor y oídos el equipo técnico y la representación de la entidad pública de protección o reforma de menores, juzgue que dicho acto y el tiempo de duración de la medida ya cumplido expresan suficientemente el reproche que merecen los hechos cometidos por el menor. ”

En segundo lugar, hay que señalar la posible mediación en las Oficinas de Ayuda a las víctimas, previstas en la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de Ayuda y Asistencia a las Víctimas de Delitos violentos y contra la Libertad Sexual, a través

de los servicios que ella se ofrece, como podrían ser los casos en los que la víctima tiene la disponibilidad de la acción penal⁴¹.

Finalmente procede hacer referencia a la imposibilidad de que exista mediación en el ámbito de violencia de género, que queda excluida de este sistema alternativo de resolución de conflictos, artículo. 87 ter de la LOPJ.

Explica Lorente establece que este tipo de violencia constituye una grave lacra social cuya naturaleza permanece oculta a los ojos de la sociedad y los poderes públicos, manifestando que *“después de la diabetes y los problemas en el parto, la violencia de género es la tercera, causa que más pérdidas de años de vida saludable supone a la mujer”*⁴².

La Ley Orgánica 1/2004, de 28 de Diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, engloba dentro del concepto de violencia de género *“todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad”* y en el artículo 44.5 prohíbe la mediación en estos supuestos. Esta prohibición resulta cuanto menos llamativa, puesto que la mediación está vedada, cuando aún no está prevista en la Ley. La disposición no admite una interpretación correctora, como se ha propuesto en ocasiones⁴³.

A la vista de lo anteriormente expuesto cabe preguntarse cuáles serían los procesos penales en los que sería posible llevar a cabo la mediación, puesto que permitiría llegar a acuerdos de reparación o conciliación.

Considero que sería plausible en los supuestos de delitos sin víctima o cuando se trate de infracciones penales en las que el sujeto pasivo sea una Institución Pública, además todos aquellos supuestos en los que exista víctima identificable y concreta dispuesta a someterse a un proceso de mediación

En consonancia con lo expuesto, las faltas y delitos menos graves, especialmente los que se cometan contra el patrimonio serían susceptibles de resolverse por esta vía de la mediación penal.

⁴¹ Vid., art. 16, así como la Orden JUS/291/2005, de 10 de febrero, por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de una única subvención destinada a prestar a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, asistencia psicológica especializada en las oficinas de asistencia a las víctimas dependientes del Ministerio de Justicia.

⁴² CASTILLEJO MANZANARES, R, “Mediación en Violencia de Género”, Revista de mediación, año 4, nº 7, mayo de 2011, pág.39.

⁴³ DEL MORAL GARCIA, A., *La Mediación en el proceso penal. Fundamentos, Problemas, Experiencias*, edit. Netbiblo, 2010, pág. 67.

IV. La Propuesta de Ley de Enjuiciamiento Criminal

4.1 Exposición de Motivos

Ante la obsolescencia de la LECrim de 1882 se ha creído preciso reformar determinadas instituciones, o incluso ampliar el campo de actuación de otros sistemas fomentando la aplicación, de la mediación penal que es el objeto de este trabajo de investigación, que deberá ser desarrollado por el legislador, componiendo los sistemas alternativos de resolución de conflictos una solución práctica y efectiva a un buen número de conflictos que se plantean en nuestra sociedad.

No cabe duda que es necesario implantar un nuevo Código Procesal Penal, que supere la redacción antigua y ambigua de un buen número de instituciones así como las incoherencias normativas que presenta nuestra LECrim, amén de adaptarse a los cambios sociales del siglo XXI (nuevas tecnologías, nuevos medios de comisión de hechos delictivos etc...).

A todo ello hay que añadir que el legislador es plenamente consciente de lo inútil que ha resultado hacer reformas parciales en un texto decimonónico, siendo necesario promulgar un Código Procesal Penal de la democracia⁴⁴.

Partiendo de las necesidades anteriormente expuestas, el nuevo Proyecto LECrim busca la configuración de un sistema de investigación y enjuiciamiento moderno, ágil y equilibrado, que rompa con la concepción clásica del principio inquisitorio, atribuyendo la dirección de la investigación al Ministerio Fiscal.

4.2. Regulación de la mediación

⁴⁴ Después de la promulgación de la CE de 1978, se promulga la LEC de 2001, una nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y en el orden social tres leyes procesales laborales: en primer lugar el RD Legislativo 521/1990, de 27 de abril, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral, en segundo lugar, el RD Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, y en tercer lugar, la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social. Sin embargo no ha ocurrido lo mismo en el proceso penal, en el que se pueden acordar medidas cautelares, medidas coercitivas así como penas y medidas de seguridad que afectan o ponen en juego la libertad y otros derechos fundamentales.

La regulación de este sistema de resolución de conflictos, persigue posibilitar la utilización de la Justicia Restaurativa, sin que ello conlleve límite alguno a los fines que persigue el derecho penal, indemnizatorio o reparador, aunque con efectos preventivos de vital importancia.

El modelo restaurativo que se implanta respeta el principio de legalidad y el monopolio jurisdiccional, posibilitando introducir en el proceso penal un mecanismo autocompositivo voluntario para las partes.

El Proyecto LECrim regula en el Libro II, Título VI, la mediación, artículos 143 a 146.

A la vista de que son solamente tres artículos los que el Proyecto LECrim dedica a la regulación, de manera expresa, de esta institución, ya se puede avanzar que es una regulación escasa e imprecisa, siendo necesario que la misma fuera más detallada en cuanto al ámbito de aplicación y sobre todo regule el procedimiento a seguir en el proceso de mediación penal, siendo de aplicación supletoria, en lo que fuera posible la LM.

Entrando ya en el examen del escaso articulado que regula la mediación, el artículo 143, se refiere al *contenido de la mediación penal*, dando una vaga definición de este sistema de resolución de conflictos, concretamente señala el citado precepto que se trata de “*un procedimiento de solución del conflicto entre el encausado y la víctima libre y voluntariamente asumidos por ambos en el que un tercero interviene para facilitar que alcancen un acuerdo*”.

Se desprende de lo anteriormente transcrito que la característica esencial para acudir al proceso de mediación penal es la voluntariedad, principio ya expuesto con anterioridad, que informa todo tipo de mediación.

En segundo lugar, el artículo 144, regula *la mediación institucionalizada o profesional*, remitiendo a lo dispuesto en la LM en relación con la misma⁴⁵.

⁴⁵ Se aplica la LM, en concreto 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.

Respecto a esa mediación institucionalizada o profesional, se debe hacer alusión al respectivo contenido que del hace la LM. Es por ello por lo que el artículo 5 LM, contempla las distintas instituciones de mediación, teniendo tal consideración las entidades públicas o privadas, españolas o extranjeras, así como las corporaciones de derecho público que tengan entre sus fines el impulso de la mediación.

Ante ello se facilita el acceso y administración de la misma, incluyendo la designación de mediadores debiendo garantizar la transparencia en la referida designación.

En esta misma línea, se debe hacer mención del artículo 11 LM, donde el legislador ha dejado asentado las distintas condiciones para ejercer de mediador, siendo necesario una serie de requisitos y que han sido plasmados con exactitud en el citado artículo⁴⁶.

El Proyecto LECrim hace una continua remisión a numerosos preceptos de la LM, efectuando una breve mención al principio de voluntariedad al que anteriormente se hizo referencia, y, también al principio de confidencialidad. Respecto al primero, se debe de someter la resolución del conflicto existente entre infractor y víctima a este sistema de mediación siempre y cuando ambas partes manifiesten su aceptación.

Este mismo precepto en su apartado segundo, atribuye al Ministerio Fiscal, a través de la Oficina de Atención a las Víctimas, la función de poner en conocimiento de esta última la voluntad manifestada por el infractor, de someter el conflicto a mediación, salvo que fuese inadecuado en razón a la naturaleza del hecho.

⁴⁶ Art. 11 LM: “1) Pueden ser mediadores las personas naturales que se hallen en pleno ejercicio de sus derechos civiles, siempre que no se lo impida la legislación a la que puedan estar sometidos en el ejercicio de su profesión. Las personas jurídicas que se dediquen a la mediación, sean sociedades profesionales o cualquier otra prevista por el ordenamiento jurídico, deberán designar para su ejercicio a una persona natural que reúna los requisitos previstos en esta Ley; 2) El mediador deberá estar en posesión de título oficial universitario o de formación profesional superior y contar con formación específica para ejercer la mediación, que se adquirirá mediante la realización de uno o varios cursos específicos impartidos por instituciones debidamente acreditadas, que tendrán validez para el ejercicio de la actividad mediadora en cualquier parte del territorio nacional; 3) El mediador deberá suscribir un seguro o garantía equivalente que cubra la responsabilidad civil derivada de su actuación en los conflictos en que intervenga”.

Establecen los apartados tercero y cuarto del precitado artículo dos obligaciones del mediador, en primer lugar, la obligación de la institución encargada de la mediación o del propio mediador, de poner en conocimiento del Ministerio Fiscal el inicio y la finalización del proceso de mediación con el resultado obtenido. Y asimismo, la obligación de secreto profesional que recae sobre el mediador que no podrá declarar sobre los hechos que conozca por su participación en el procedimiento de mediación.

La mediación penal es gratuita, como señala el apartado quinto del artículo 144, lo que supone una clara y notoria diferencia con respecto a la mediación en el orden civil y mercantil, de acuerdo con lo establece el artículo 15 de LM, que contempla toda una serie de gastos que produce la mediación unido a la retribución económica a la que tiene derecho el mediador.

Tramitándose un proceso de mediación, puede el Ministerio Fiscal como director de la investigación penal⁴⁷, acordar, vía decreto la suspensión de las diligencias de investigación siempre que considere o aprecie que el procedimiento que se está llevando a cabo es adecuado para tramitarse por mediación penal, como señala el artículo 145.

Finalmente establece el artículo 146 los “*efectos de la mediación*”, que no darán lugar a que, por parte del Ministerio Fiscal ni del órgano jurisdiccional, se ofrezcan ventajas al encausado por el mero hecho de someterse a un procedimiento de mediación, todo ello sin perjuicio de los efectos procesales o materiales que puedan derivarse conforme a la Ley, en relación con el acuerdo que se pueda alcanzar con la víctima.

V. El estatuto jurídico del mediador. Derechos y obligaciones

⁴⁷ El art. 55 del Proyecto LECrim, establece que el Ministerio Fiscal será el director de la acción penal en los siguientes términos: “*el ejercicio de la acción penal corresponde al Ministerio Fiscal, que habrá de interponerla y mantenerla ante el Tribunal competente cuando entienda que al encausado le debe ser impuesta sanción penal conforme a la Ley*”.

La figura del mediador es, de acuerdo con su conformación natural, la pieza esencial del modelo, puesto que es quien ayuda a encontrar una solución dialogada y voluntariamente querida a las partes⁴⁸. La actividad de mediación se despliega en múltiples ámbitos profesionales y sociales, requiriendo habilidades que en muchos casos dependen de la propia naturaleza del conflicto. El mediador ha de tener, pues, una formación general que le permita desempeñar esa tarea y sobre todo ofrecer garantía inequívoca a las partes por la responsabilidad civil en que pudiese incurrir⁴⁹.

Por ello, y en consecuencia de lo anterior el papel del mediador es el de un tercero neutral que ayuda a resolver el conflicto por el que las partes están enfrentadas⁵⁰.

Como se ya se ha puesto de manifiesto con anterioridad, el mediador es el encargado de dirigir el proceso de mediación desde los principios también ya expresados en el presente trabajo de investigación. Es el mediador, es que mediante su actividad y sus conocimientos (normativa específica) deberá de ajustar la controversia a una serie de criterios y facultades tal y como lo expone Sáez Rodríguez⁵¹ de la siguiente manera:

1º 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 oficialmente.

⁴⁸En este campo se potencia la justicia restaurativa y como Carnelutti definió de “*miserias*” por ello para hablar de realidad penal, hablaríamos de hechos ciertos que generan o han generado violencia que a su vez producen venganzas, odios y reproducen los conflictos⁴⁸ que pueden ser encaminados hacia la resolución del mismo, siempre y cuando prime la voluntariedad de las partes, y sobre todo la de la víctima, a guiarse por los cauces que se marquen por la figura del mediador penal.

⁴⁹ LM, Exposición de Motivos III.

⁵⁰ GORDILLO SANTANA, *La justicia restaurativa y la mediación penal*, Iustel, Madrid, 2007, pág. 220.

⁵¹ 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.

2º Facultades de la persona que se forme como mediador.

- Paralizar la mediación en todos los casos en los que se causan un perjuicio para alguna de las partes en conflicto.

- No comenzar el 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.

3º 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 (en adelante LPD) y actuar bajo los principios de imparcialidad, neutralidad y objetividad.

- 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.

3º Prohibiciones:

- Intervenir profesionalmente como abogado en la causa en que se esté mediando.

- Obtener ventajas profesionales de las partes intervinientes en la mediación.

4º 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 manifiestan ambas de manera expresa.

VI. Procedimiento

Las únicas reglas sobre el procedimiento a seguir para llevar a cabo la mediación penal son las contenidas en el Protocolo del CGPJ, único soporte jurídico, del que se tiene constancia en lo que al procedimiento y las distintas fases en las que se puede, por ahora, plantear la mediación penal.

Al margen de entrar a considerar que fuerza o valor tiene dicho Protocolo, el procedimiento que se contempla en el mismo se divide en tres grandes fases siguiendo la estructura del proceso penal: fase de instrucción, fase de enjuiciamiento y fase de ejecución.

Cada una de estas fases, se encuentran subdivididas en las fases que, de manera somera, se exponen a continuación:

1. Fase de contacto.

En la que lo relevante es poner en comunicación al acusado y a la víctima, explicándoles la posibilidad de derivar la solución del conflicto a través de la vía de la mediación.

Si el imputado y su letrado muestran una buena disposición inicial se pondrá en conocimiento del servicio de mediación para el inicio del proceso.

Será el Secretario Judicial o un miembro del equipo de mediación el que se encargue de elaborar un expediente con los siguientes documentos:

- Copia de la denuncia.
- Copia de las declaraciones.
- Copia de informes periciales que contengan algún dato de relevancia (patologías, adicciones, lesiones, tasación de daños a los efectos de determinar la cuantía de la reparación, etc.).
- Datos para localizar a las partes, teléfonos y domicilios fundamentalmente.

El Juzgado de Instrucción, notificará la providencia –o Auto– al acusado y a la víctima, en la que se indicarán las motivos que acreditan la

decisión de derivación a la mediación, y con ello a los profesionales encargados de realizarla.

Como consecuencia de que se haya derivado la causa a mediación penal, se remitirá una carta⁵² en la que debe de constar la fecha de la sesión informativa a la víctima informándole de la derivación de la causa a mediación.

El contacto con ambas partes por parte del Equipo de mediación será telefónico, exponiendo con claridad en qué consiste la mediación⁵³ y ante la respuesta de ambas partes, se realizará una sesión inicial, individual con cada una de ellas, para que manifiesten su conformidad a participar en la mediación, a cuyos efectos se firmará un documento de consentimiento informado.

Si la víctima fuese menor de edad, necesariamente tiene que acudir acompañada de su representante legal. En caso de desigualdad de criterio entre el menor y su representante legal, prevalecerá la decisión del menor. El mismo criterio se seguirá cuando la víctima sea una persona judicialmente incapacitada.

El plazo de contestación definitiva acerca de la voluntad de participar en la mediación será de 7 días desde la información por parte del Juzgado y subsiguiente llamada de los profesionales mediadores, sin perjuicio de que, en atención a las circunstancias del caso, número de víctimas o personas imputadas implicadas o complejidad del asunto, sea preciso dilatar dicho plazo.

Si la víctima se negase a participar en el proceso y la persona imputada manifestase su intención de hacerlo, el Equipo de mediación

⁵² Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo.

⁵³ La mediación deberá de ser explicada a ambas partes, con el siguiente contenido: 1.) Proceso: entrevistas personales con las dos partes, y una conjunta, 2.) Condiciones: reconocimiento de hechos, asunción de la reparación del daño, renuncia a cualquier tipo de violencia frente a la víctima, escucha y diálogo con ella, si procede 3.) Consecuencias: reparación del daño, reconocimiento de hechos, posible apreciación de atenuante.

podrá documentar la actividad desarrollada por éste a los efectos penológicos que correspondan, sin que ello suponga en ningún caso menoscabo de su derecho a la defensa.

En caso de que ambas partes presten su consentimiento informado para la mediación, el Juzgado, sin perjuicio de las diligencias de investigación que deba hacer y a las que está obligado por Ley, permitirá que se pueda realizar el proceso de mediación con anterioridad a dictar Auto de Procedimiento Abreviado, art. 780 LECrim, o de transformación en juicio de faltas, art. 779 LECrim, a fin de que el plan de reparación alcanzado por las partes pueda ser tomado en consideración por el Ministerio Fiscal en su escrito de conclusiones provisionales.

2. Fase de acogida.

Se inicia cuando las dos partes han consentido iniciar el procedimiento, consistiendo en una entrevista individual con cada una de las partes en conflicto. Concretamente se les informa de quienes participan en este proceso de mediación, duración estimada, forma de realización, normas y funciones del mediador así como los posibles efectos en el proceso judicial.

Como consecuencia de estas entrevistas individuales la persona mediadora valorará si procede o no iniciar la fase siguiente, fase de encuentro dialogado, siempre y cuando la mediación no sea perjudicial para ninguna de las partes y que el verdadero interés de las mismas sea buscar una solución al conflicto, basado en el diálogo, el respeto, el reconocimiento de la verdad y la reparación.

3. Fase de encuentro dialogado.

Esta fase consiste en la entrevista conjunta con las dos partes, si ambas lo desean y el mediador lo considera posible, porque cabe la posibilidad que se alcance un acuerdo sin que víctima e imputado se vean físicamente, utilizando otras formas de comunicación indirecta.

La duración de esta fase será de una o varias sesiones a la vista de la complejidad del caso, la situación emocional de las partes o el número de víctimas.

La libertad de actuación de las partes, a la vista de que el pacto final ha de ser presentado al juez, está delimitada por el propio proceso penal, que posteriormente va a condenar al acusado y a ejecutar la reparación de la víctima.

4. Fase de acuerdo.

Tras el encuentro dialógico, si las partes alcanzan un acuerdo común, se redacta un documento en el que queda plasmado el acuerdo de reparación.

En el caso de que no haya acuerdo, el equipo de mediación informa de este hecho al juzgado, respetando siempre el principio de confidencialidad.

El documento que acredite que la mediación se ha desarrollado con éxito se firmara por las partes, por sus representantes legales entregando una copia al Ministerio Fiscal y al Juzgado de Instrucción, debiendo ser el informe dirigido a este último respetuoso con la presunción de inocencia.

En este sentido la Directiva Europea 29/12 dice que el infractor tendrá que haber reconocido los elementos facticos básicos del caso e igualmente reitera la confidencialidad de los debates de justicia reparadora.

5. Fase de comparecencia de conformidad y juicios.

Si no hubo acuerdo o conformidad entre las partes se abre juicio oral y se remiten los autos al Juzgado de lo Penal para el enjuiciamiento.

Y si hay acuerdo se cita a las partes (acusado, víctima y mediador) al acto del juicio que se inicia con el trámite de conformidad.

El abogado y el Ministerio Fiscal debatirán las consecuencias jurídicas (pena exacta y beneficios penales), velando el órgano jurisdiccional por la valoración jurídica dada por el Fiscal y el abogado defensor a los acuerdos, dictando sentencia de conformidad.

6. Fase de reparación o ejecución de acuerdos.

La reparación se puede llevar a cabo en la forma en la que las partes la hayan acordado, que el juez incluirá como contenido de la responsabilidad civil *ex delicto* (art. 110 CP).

La ejecución material de reparación deberá de iniciarse con anterioridad al acto del juicio oral y si dentro del proceso de mediación se acuerda el pago de una indemnización habrá que indicar el número de cuenta del Juzgado a efectos de hacerla efectiva.

7. Fase de seguimiento.

El seguimiento de la reparación se efectuara a través del Juzgado o Tribunal sentenciador, o en su caso el órgano jurisdiccional encargado de la ejecución.

VII. Las víctimas en la mediación

La Ley 4/2015, de 27 de abril, por la que se aprueba el Estatuto de la Víctima⁵⁴ del delito (en adelante LEVD) 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*”.

Como datos novedosos de esta Ley se puede hacer referencia al catalogo de derechos de la víctima que se recogen en los artículos 4 a 10 (*derecho a entender y ser entendida, a la información desde el primer contacto con las autoridades competentes, a recibir información sobre la causa penal, a la traducción e interpretación, de acceso a los servicios de asistencia y apoyo*) se regulan específicamente las Oficinas encargadas de prestar asistencia a las víctimas (arts. 27-29), regulando como una autentica novedad el denominado “*derecho de reembolso*” (art. 35) estableciendo que “*la persona que se hubiera beneficiado de*

⁵⁴ La referida Ley, tiene un periodo de *vacatio legis* de seis meses, por lo que entrara en vigor el próximo 28 de octubre de 2015.

subvenciones o ayudas percibidas por su condición de víctima y que hubiera sido objeto de alguna de las medidas de protección reguladas en esta Ley, vendrá obligada a reembolsar las cantidades recibidas en dicho concepto y al abono de los gastos causados a la Administración por sus actuaciones de reconocimiento, información, protección y apoyo, así como por los servicios prestados con un incremento del interés legal del dinero aumentado en un cincuenta por ciento, si fuera condenada por denuncia falsa o simulación de delito”.

Como consecuencia de lo anterior, ese derecho supone que a partir de la entrada en vigor de la citada Ley, toda persona que sea condenada por la comisión de un delito de acusación y denuncia falsa tendrá que reembolsar todas las subvenciones o ayudas percibidas por su condición de víctima, así como los gastos causados a la Administración con un incremento del interés legal del dinero⁵⁵.

Teniendo en cuenta el objeto de este trabajo, la LEVD contiene una pequeña reflexión sobre la actuación de los servicios de justicia restaurativa 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.

Por ende, el artículo 15 LEVD, establece los *servicios de justicia restaurativa*, donde las víctimas podrán acceder con la finalidad de obtener una adecuada reparación material y moral de los perjuicios derivados del delito, cumpliendo una serie de requisitos que se contemplan en la precitada norma. Estos son:

⁵⁵ MATEO BUENO F.F., publicación en su página web: <http://www.mateobuenoabogado.com/noticias/ley-4-2015-de-27-de-abril-del-estatuto-de-la-victima-del-delito/>, 12-05-2015.

En el año 2015: 3,5 % aumentado en un cincuenta por ciento.

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

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

c) Que el infractor haya prestado su consentimiento;

d) 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; y

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

En todo caso, la actuación de los servicios de justicia restaurativa quedará excluida cuando ello pueda conllevar algún riesgo para la seguridad de la víctima o pueda ser causa de cualquier otro perjuicio.

Todo ello debe de ser enfocado hacia la reparación de la víctima a través de la posibilidad que se ofrece en nuestro proceso penal, que permite acumular junto con la pretensión penal la pretensión de responsabilidad civil resarcitoria.

Respecto a los debates que se desarrollen dentro del procedimiento de mediación serán confidenciales, conforme a uno de los pilares claves de este sistema de resolución de conflictos y no podrán ser difundidos sin el consentimiento de ambas partes.

A la víctima le corresponde decidir si quiere alcanzar un acuerdo mediante el diálogo con el delincuente para que se le repare el daño que se le ha causado. 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.

Por último, la víctima y el infractor podrán revocar, en cualquier momento del procedimiento de mediación penal, su consentimiento, apartándose de la misma y acudiendo al proceso.

VIII. CONCLUSIONES.

Primera.- La mediación penal es un método de resolución de conflictos en el cual, víctima e infractor, voluntariamente, y dentro del proceso penal, se reconocen capacidad para participar en la resolución del mismo, con la ayuda de una tercera persona imparcial denominada mediador.

Segunda.- La mediación asegura una efectiva protección a la víctima mediante la reparación o disminución del daño causado por el delito. Si no existe víctima, la reparación podrá tener carácter simbólico ante la comunidad social u organismo que lo represente

Tercero.- La mediación responsabiliza al infractor acerca de las consecuencias de su ilícito, al tiempo que disminuye la reprochabilidad penal (atenuantes) y le procura medios para la normalización de su vida, así como el restablecimiento vigente de la norma y el diálogo comunitario, reconstruyendo la paz social quebrada por el delito y minimizando la violencia estatal.

Cuarto.- Para la víctima, le hace participar activamente y de forma voluntaria en la resolución del conflicto que le afecta, pues le permite ser reparada de los daños y perjuicios sufridos y la recuperación de la tranquilidad personal.

Ante ello, la mediación toma en consideración las causas reales del conflicto y las consecuencias del mismo, buscando la fórmula más idónea para satisfacer las necesidades personales de víctima e infractor.

Quinto.- Para la Justicia la mediación da conocer otras formas de reacción de la justicia, acercando la justicia a los ciudadanos, ya que

puede ofrecer y facilitar una disminución de la conflictividad social. Se debe a que la mediación obedece y se rige por unos principios que revelan su naturaleza al tiempo que le protegen en su implantación de eventuales riesgos y excesos.

Sexto.-La mediación penal en el Derecho penal de adultos no ha impedido poner en marcha algunas experiencias pilotos en todo el territorio nacional, siendo más de ochenta los órganos jurisdiccionales que tienen en marcha programas de mediación penal a través de proyectos pilotos.

Séptimo.- En este estudio se debe de partir de una idea central, que es la necesaria unificación u homogenización a nivel territorial de la implantación del procedimiento de mediación penal dentro del proceso penal vigente, que es único e igual en todo el territorio estatal, con el objetivo de eliminar la actual heterogeneidad en las practicas ordinarias actuales aunque con la flexibilidad necesaria en sus formas, pero respetando unos principios básicos de actuación. Y de otro lado, de la necesaria extensión a todos los territorios de la implantación de la mediación penal.

Octavo.- No obstante, no todo conflicto puede tramitarse eficazmente mediante la mediación ya que dependerá de que las partes brinden su voluntad y la aceptación de comenzar con dicho proceso mediador. Por fortuna, el éxito que presenta la mediación no debe de medirse en términos cuantitativos, sino en la mejora de la calidad de vida y de las relaciones de los sujetos que hayan mediado, y que alcanzado el acuerdo definitivo o parcial se mejore la relación existente entre ambas o se recompensen las circunstancias favorables para la relación de futuro.

Noveno.- Resulta llamativo y criticable que el Proyecto LECrim, remita a la regulación de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, Ley

5/2012, y atribuya la competencia funcional para la ejecución del acuerdo de mediación penal a un órgano jurisdiccional del orden civil, cuando lo propio sería que asumiese la ejecución del citado acuerdo un órgano integrante del orden jurisdiccional penal, como sucede en los supuestos en los que se alcanza una conformidad en el proceso penal.

Décimo.- Respecto a la figura del mediador en el ejercicio de su función, no necesita ceñirse únicamente a los aspectos legales del conflicto, sino que puede tener en cuenta preferentemente los intereses latentes de cada parte, cuando la materia objeto de litigio está regida por normas dispositivas, con lo que amplía las posibilidades de encontrar una solución pactada. Ahora bien, el pacto, no puede ser contrario a una norma imperativa, o prohibitiva, porque lo convenido será nulo (art. 6.3 CC). En este sentido, la ley de mediación establece que el pacto no puede ser contrario a derecho (art. 25.2 LM).

IX. Bibliografía.

BARALLAT LOPEZ, J., “La *mediación en el ámbito penal*”, Revista jurídica de Castilla y León, nº 29, enero de 2013.

CASTILLEJO MANZANARES, R. Y OTROS, “*Mediación en violencia de género, mediation in gender violence*” Revista de Mediación, año 4, nº 7, mayo de 2011.

DEL MORAL GARCIA, A., La Mediación en el proceso penal. Fundamentos, Problemas, Experiencias, edit. Netbiblo.

GARBERI LLOBREGAT: Derecho Procesal Civil. Procesos declarativos y Procesos de ejecución, 1ª ed. Bosch, 2011.

GARBERI LLOBREGAT Y OTROS, Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje, edit. Bosch, 2004.

GIMENO SENDRA, V., Introducción al Derecho Procesal, edit. Colex, 2003.

GIMENO SENDRA, V., “Manual de Derecho Procesal Penal”, colex, 2010, Madrid.

GIMENO SENDRA-ARENILLA ALLARD: Derecho Procesal Civil. El Proceso de Declaración. Parte General, 3ª edición, 2010.

GORDILLO SANTANA, “*La justicia restaurativa y la mediación penal*”, Iustel, Madrid, 2007.

INFORME DEL CGPJ, de 19 de mayo de 2010.

MARTINEZ SOTO, T., “*Mediación penal y su implantación en España: ámbito de responsabilidad del menor. Estudio comparativo con Reino Unido*”. Revista internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje.

MONTERO AROCA Y OTROS, Derecho Jurisdiccional II. Proceso Civil, 21ª edición.

MORÓN PALOMINO, M., Derecho Procesal Civil (Cuestiones fundamentales), Marcial Pons, Madrid 1993.

ORTIZ PRADILLO, J. “*Análisis de los principios informadores de la mediación en materia civil y mercantil*”, Boletín del Ministerio de Justicia, año 2011.

PROTOCOLO DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, 1986, Repertorio Jurídico.

RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., Y OTROS “*La mediación. Presente, pasado y futuro de una institución jurídica*”, edit. Netbiblo, Centro Universitario Villanueva, Universidad Complutense Madrid.

SAEZ RODRIGUEZ, C., Experiencia Piloto en el Juzgado de lo Penal nº 20 de Madrid.

SAN CRISTOBAL ROSALES, S. “*Sistemas alternativos de resolución de conflictos, negociación, conciliación, mediación, arbitraje, en el ámbito civil y mercantil*”. Anuario jurídico y económico escurialense, XLVI (2013).

ADDENDA AL TRABAJO DE FIN DE GRADO “LA MEDIACION EN EL PROCESO PENAL| MEDIATION IN CRIMINAL PROCEEDINGS”.

INDICE

- I. PROTOCOLO DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL (Guía para la práctica de la mediación intrajudicial).**

- II. Curso realizado por el alumno que suscribe, e impartido por la ULL que lleva por título “*La gestión y la resolución de los conflictos: la mediación*”, obteniendo la calificación de ***SOBRESALIENTE (10)***.**

- III. XXIV Congreso Internacional “Dialogo Fe-Cultura, la mediación un instrumento para la paz”.**

I. PROTOCOLO DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL (Guía para la práctica de la mediación intrajudicial).

Protocolo de mediación penal

El grupo de expertos ha estado integrado por las siguientes personas:

- D.ª Ana Carrasosa Miguel, *Inspectora del CGPJ, que ha actuado como coordinadora del grupo.*
- D.ª Rosa Garrido, *Abogada y mediadora en el programa intrajudicial de Madrid.*
- D.ª Rosa M.ª Freire Pérez, *Magistrada y Letrada de la Escuela Judicial en Barcelona.*
- D.ª María de la O Silva Fernández, *Fiscal de la Secretaría Técnica de la Fiscalía General del Estado.*
- D.ª Esther Erice, *Presidenta de la Audiencia Provincial de Navarra.*

Sumario

1. La mediación penal en el sistema de justicia
2. Guía para la implantación del procedimiento de mediación penal intrajudicial
3. Protocolo de derivación a mediación en las diversas fases del proceso penal
4. Anexos
5. Anexo I: marco legislativo
6. Anexo II: tipología de casos derivables a mediación
7. Anexo III: formularios

1. La mediación penal en el sistema de justicia

Utilizar la mediación en el ámbito judicial penal supone un cambio de cultura, tanto de la sociedad, como de los profesionales que intervenimos en el sistema judicial. Hace falta devolver a la sociedad civil su responsabilidad de resolver el conflicto. La mediación lo permite de varios modos (BENEFICIOS):

1. Para la víctima: le hace participar activamente y de forma voluntaria en la resolución del conflicto que le afecta. Le permite ser reparada de los daños y perjuicios sufridos y la recuperación de la tranquilidad personal.
2. Para el encausado: le facilita la concienciación y el responsabilizarse de las propias acciones y consecuencias, así como la posibilidad de entender el delito y obtener beneficios previstos en el Código Penal.
3. Para la justicia: le proporciona una nueva concepción, nuevas formas de respuesta penal con sentido educativo, promoviendo actitudes hacia la responsabilización y la reparación.
4. Para la sociedad: le da a conocer otras formas de reacción de la justicia, acercando la justicia a los ciudadanos; puede facilitar una disminución de la conflictividad social.

La mediación obedece y se rige por unos principios que revelan su naturaleza al tiempo que la protegen en su implantación de eventuales riesgos y excesos:

- Voluntariedad de las partes. El proceso de mediación exige la participación voluntaria e informada de la víctima y de la persona infractora.
- Gratuidad. El proceso será totalmente gratuito debido al carácter público que tiene el Derecho penal; los gastos derivados de la mediación serán asumidos por la Administración de Justicia.
- Confidencialidad. Se garantizará la confidencialidad de la información que se obtenga en el proceso de mediación. Las

expresiones vertidas verbal o documentalmente en el acta de reparación únicamente tendrán valor de prueba si son ratificadas como tales por la víctima y el acusado en el acto del juicio oral.

- Oficialidad. Le corresponde al Juez, previo acuerdo o a iniciativa del Ministerio Fiscal, o del abogado defensor, la derivación de los casos al Servicio de Mediación Penal.

- Flexibilidad. El proceso de mediación debe ser flexible en cuanto a los plazos específicos para las entrevistas individuales y la conclusión del proceso.

- Bilateralidad. En correlato lógico de la filosofía subyacente en la mediación, ambas partes tienen oportunidades para expresar sus pretensiones, sin más limitación que la establecida por el mediador para el buen desarrollo de las sesiones. En todo caso, deberán expresar sus posiciones y voluntad de reparación y de aceptación de las mismas ante el juez en el acto del juicio oral, o en cualquier otro momento procesal que ponga fin al procedimiento penal.

2. Guía para la implantación del procedimiento de mediación penal intrajudicial

El primer requisito para la implantación es, lógicamente, su regulación legal a través de las reformas necesarias de nuestro ordenamiento jurídico actual en el orden penal: Código Penal y Ley de Enjuiciamiento Criminal, además de la regulación o reglamentación estatutaria del Mediador y reglamentación a nivel de las Comunidades Autónomas con competencias transferidas en materia de Justicia.

Teniendo en cuenta que en el Anexo 2 se abordan las Propuesta de necesidades legislativas y reglamentarias, no atendremos aquí al vigente marco legislativo para analizar los requisitos necesarios en el momento actual para una implantación

efectiva, los cuales tendrán que ser tenidos en cuenta también en la futura regulación legal.

Partimos de una idea central: la necesaria unificación o homogeneización a nivel territorial de la implantación del procedimiento de mediación penal dentro del proceso penal vigente, que es único e igual en todo el territorio estatal, con el objetivo de eliminar la actual heterogeneidad en las prácticas actuales aunque con la flexibilidad necesaria en sus formas, pero respetando unos principios básicos de actuación. Y por otro lado, de la necesaria extensión a todos los territorios de la implantación de la mediación penal.

Ambas cuestiones: unificación u homogeneización y extensión en todo el territorio estatal son esenciales para la institucionalización de la mediación penal ante la ausencia actual de regulación legal y evitar las distorsiones que en la actualidad provoca los distintos niveles de implantación, de organización y protocolización del procedimiento de mediación penal. Son cuestiones que, en definitiva y fundamentalmente, derivan del cumplimiento de los principios de tutela judicial efectiva y de igualdad ante la Ley y exigiría:

- Homogeneizar los programas y la implantación del procedimiento de mediación penal intrajudicial en todos los territorios a través de la firma y suscripción de Acuerdo de implantación y Protocolo de actuación de programas de mediación penal intrajudicial a nivel estatal entre Consejo General del Poder Judicial, Fiscalía General del Estado, Consejo General de la Abogacía, Consejo General de los Procuradores y Ministerio de Justicia, y a nivel territorial con cada una de las Comunidades Autónomas con competencias en materia de justicia.
- Dotación de medios materiales y personales mínimos necesarios para la implantación por las administraciones con competencia en materia de Justicia (Estado o Comunidades Autónomas). Atención

prioritaria a la formación de los intervinientes en el proceso, de los mediadores y a la necesidad de constituir puntos de información para los usuarios. Además deberán divulgarse la mediación penal entre los profesionales de la justicia: jueces, fiscales, secretarios judiciales, abogados, procuradores, funcionarios de los cuerpos de la administración de justicia y policía judicial en cursos organizados por sus respectivos organismos de dirección.

- Homologación por administración pública estatal o autonómica competentes en materia de justicia para el ejercicio por los profesionales de la mediación: mediadores, equipos de mediación, asociaciones o entidades privadas de mediación en los distintos territorios y creación de un Registro Público de Mediadores homologados a nivel estatal y autonómico y regulación de su Estatuto.

Establecimiento de un control eficaz del cumplimiento de los acuerdos mediadores en cada órgano judicial con la colaboración de los Equipos mediadores que realizarán un seguimiento de la reparación acordada e informará, si es requerido por el órgano judicial de oficio o a instancia de las partes o del Ministerio Fiscal, sobre el cumplimiento y ejecución del Plan de reparación acordado.

Creación de Comisión de Evaluación y Seguimiento de la implantación de programas de mediación a nivel estatal y territorial, formada por todos los agentes jurídicos intervinientes en los programas, para el adecuado control de calidad y buenas prácticas en el desarrollo de los programas de mediación. En cada territorio se creará una Comisión de Evaluación y Seguimiento que centrará toda la información del desarrollo de los programas de mediación puestas en marcha, que remitirá a la Comisión de carácter estatal con una valoración de los resultados obtenidos y propuestas de mejoras y buenas prácticas.

3. Protocolo de derivación a mediación en las diversas fases del proceso penal

MEDIACION PENAL EN LA FASE DE INSTRUCCIÓN

En cuanto a la fase de instrucción, podemos identificar una primera fase de contacto, es decir desde el comienzo del trámite de las Diligencias previas, arts. 774 y ss., LECrim, donde el órgano competente es el Juzgado de Instrucción, donde el juez con acuerdo del Ministerio Fiscal, podrá someter el proceso a mediación penal.

En el supuesto en el que se derive la causa a mediación penal, se podrá acordar mediante auto o providencia y cuya fundamentación deberá de ser sencilla, constando el plazo que se ha concedido para la celebración en cuestión, debiendo proceder en primer término la declaración del imputado, el cual deberá de ser previamente informado por el Secretario Judicial, de que se ha derivado dicha causa a los tramites de la mediación penal, designándole la correspondiente asistencia letrada, que le informara de la posibilidad de iniciar una supuesta y posible mediación penal.

Ante ello se ofrece la posibilidad de que el imputado pueda entrevistarse de manera privada con su letrado, y si expresan una buena disposición inicial hacia la mediación.

Una vez comunicado a la parte imputada, se elaborara un expediente, bien por el Secretario Judicial el que deberá de remitir al equipo de mediación, o en su caso el realizado por este último que deberá de contener los siguientes documentos:

- Copia de la denuncia.
- Copia de las declaraciones.
- Copia de informes periciales que contengan algún dato de relevancia (patologías, adicciones, lesiones, tasación de daños a los efectos de determinar la cuantía de la reparación, etc.).

- Datos para localizar a las partes, teléfonos y domicilios fundamentalmente.

El Juzgado de Instrucción, notificará la providencia –o Auto– al acusado y a la víctima, en la que se indicarán los motivos que acreditan la decisión de derivación a la mediación, y con ello a los profesionales encargados de realizarla.

Como consecuencia de que se haya derivado la causa a mediación penal, se remitirá una carta, en la que debe de constar la fecha de la sesión informativa a la víctima informándole de la derivación de la causa a mediación.

El contacto con ambas partes por parte del Equipo de mediación será telefónico, exponiendo con claridad en qué consiste la mediación y ante la respuesta de ambas partes, se realizará una sesión inicial, individual con cada una de ellas, para que manifiesten su conformidad a participar en la mediación, a cuyos efectos se firmará un documento de consentimiento informado.

Si la víctima fuese menor de edad, necesariamente tiene que acudir acompañada de su representante legal. En caso de desigualdad de criterio entre el menor y su representante legal, prevalecerá la decisión del menor. El mismo criterio se seguirá cuando la víctima sea una persona judicialmente incapacitada.

El plazo de contestación definitiva acerca de la voluntad de participar en la mediación será de 7 días desde la información por parte del Juzgado y subsiguiente llamada de los profesionales mediadores, sin perjuicio de que, en atención a las circunstancias del caso, número de víctimas o personas imputadas implicadas o complejidad del asunto, sea preciso dilatar dicho plazo.

Si la víctima se negase a participar en el proceso y la persona imputada manifestase su intención de hacerlo, el Equipo de mediación podrá documentar la actividad desarrollada por éste a los efectos

penológicos que correspondan, sin que ello suponga en ningún caso menoscabo de su derecho a la defensa.

En caso de que ambas partes presten su consentimiento informado para la mediación, el Juzgado, sin perjuicio de las diligencias de investigación que deba hacer y a las que está obligado por Ley, permitirá que se pueda realizar el proceso de mediación con anterioridad a dictar Auto de Procedimiento Abreviado, art. 780 de la LECrim, o de transformación en juicio de faltas, art. 779 de la LECrim, a fin de que el plan de reparación alcanzado por las partes pueda ser tomado en consideración por el Ministerio Fiscal en su escrito de conclusiones provisionales.

MEDIACION EN EL JUICIO DE FALTAS

En este procedimiento, al igual que ocurre en el precitado procedimiento, si se hubiera incoado juicio de faltas o se hubiese dictado auto de transformación en faltas, a la vista de la naturaleza de los hechos, corresponderá al Juez, con acuerdo del Ministerio Público, someter la cuestión al proceso de mediación.

Sin perjuicio del derecho de las partes a solicitarlo por sí o por medio de su Letrado, si la persona denunciada mostrase su buena disposición inicial a la mediación, se procederá de forma semejante al trámite de Diligencias Previas, debiendo el Secretario Judicial poner en conocimiento del Equipo de mediación el inicio del proceso.

El contenido del expediente deberá contener, los mismos extremos de los que ya se hizo mención en anterior subepigrafe, referente a la mediación en la fase de instrucción.

Si no se hubiera hecho la información y la derivación en el acto del juicio se remitirá a las partes sendas cartas informándoles del motivo de haberse seleccionado ese asunto para mediar.

El plazo para la prestación definitiva del consentimiento informado para la mediación será de siete días.

Si la parte denunciante, o alguna de las partes, en los supuestos de denuncias cruzadas, no mostrare su acuerdo con la mediación, el equipo de mediación podrá documentar la actividad desarrollada por la otra parte, sin que suponga un menoscabo al derecho de defensa.

Como consecuencia de lo anterior, se identifica una *fase de acogida* donde las partes enfrentadas han consentido iniciar el procedimiento, realizando una entrevista individual con cada una de ellas. En la misma se les informara del contenido y de la naturaleza del proceso de mediación, así como los posibles efectos e incidencias en el procedimiento judicial.

Además se recabara información por parte del mediador, el cual tendrá que valorar si procede o no iniciar la fase de encuentro dialogado, con base en la existencia del conflicto y su dimensión, observando que la mediación no sea perjudicial para ninguna de las partes.

Si el mediador cree oportuno la celebración de la entrevista conjunta con las dos partes, si ambas lo desean y la persona mediadora lo considera posible, comenzaría la *fase de encuentro dialogado*. Es preciso hacer mención que si la mediación, no es viable en la fase de encuentro dialogado el mediador será el encargo de realizar una serie de entrevistas individuales, con la finalidad de que las partes, puedan solventar la presencia reciproca con posterioridad.

En este momento es cuando resulta posible llegar a un acuerdo que satisfaga sus pretensiones, pero ese pacto final ha de ser presentado ante el Juez, por lo que la libertad de actuación de las partes está delimitada por el propio proceso penal, que posteriormente va a condenar al acusado y a ejecutar la reparación de la víctima, toda vez que en muchas ocasiones el acuerdo económico al que hay que llegar lo fija el Ministerio Fiscal y es innegociable.

Si las partes alcanzan una decisión común basada en su convicción e interés, se redacta un documento en el que quede plasmado el Acuerdo de reparación que se firmará por las partes y por los representantes legales de alguna de ellas, si los hubiere, entregándose una copia a cada una de ellas, al Ministerio Fiscal y al Juzgado de Instrucción.

En caso que se concluya sin acuerdo, el Equipo de mediación informará de esta circunstancia al Juzgado, respetando la confidencialidad de lo tratado.

Finalizada la mediación, el Juzgado de Instrucción señalará fecha para el acto de juicio, pudiendo el denunciante o el denunciado ejercitar su derecho a no acudir al mismo. A instancias del Ministerio Fiscal, y sin perjuicio de la incorporación del acta de Acuerdo como prueba documental del procedimiento, podrá comparecer la persona mediadora a fin de dar cuenta de la mediación llevada a cabo. En cuanto a los efectos de la calificación de los hechos y de la pena a imponer, se valorará el acuerdo alcanzado en los términos del art. 638 del Código Penal.

En el trámite de Diligencias Previas Remitido el acta de acuerdo y si se hubiese finalizado la práctica de diligencias informativas necesarias, el Juzgado de Instrucción dictará Auto de Procedimiento Abreviado, con traslado a las partes a fin de que procedan conforme al art. 780 de la LECr.

En caso de formular escrito de acusación, y a fin de valorar penológicamente el acuerdo alcanzado, podrá plantearse por el Ministerio Público, por el/la Letrado/a de la defensa y de la acusación particular, en su caso, que se proceda conforme a lo dispuesto en el art. 784.3 de la LECr., bien mostrando la defensa su conformidad con el escrito de calificación del Ministerio Fiscal o redactando nuevo escrito conjunto de calificación en el que se recojan los términos del acuerdo alcanzado y las variaciones que procedan en la calificación y valoración penológica de los hechos.

El plazo para la realización de la mediación, tanto en las Diligencias Previas como en el Juicio de Faltas, será de un mes desde la firma del consentimiento informado. 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.

FASE DE COMPARECENCIA DE CONFORMIDAD Y JUICIO

A) ANTE EL JUZGADO O TRIBUNAL SENTENCIADOR

Si no existe acuerdo o conformidad entre las partes, se abrirá juicio oral y se enviarán los Autos al Juzgado de lo Penal para el enjuiciamiento que corresponda.

En caso de acuerdo y conformidad se dará traslado de los escritos de calificación de conformidad al Juzgado de lo Penal, conforme a lo dispuesto en el art. 787 de la LECr. A tales efectos, podrá solicitarse, por cualquiera de las partes, la ratificación previa del acuerdo por el equipo de mediación en el acto de juicio. Todo ello sin perjuicio de que la conformidad pueda alcanzarse en el mismo acto del juicio oral, con carácter previo a la práctica de la prueba.

El Juez, en su caso, velará por la idoneidad de la valoración jurídica que tanto el Fiscal como el abogado defensor otorguen a los acuerdos, dictando sentencia de conformidad cuando proceda.

B) ANTE EL JUZGADO DE INSTRUCCIÓN

En el supuesto de Juicio de Faltas, nos remitimos a lo dicho anteriormente. Cabe la no comparecencia voluntaria o la celebración con asistencia de los mediadores.

FASE DE REPARACIÓN O EJECUCIÓN DE ACUERDOS

La reparación podrá llevarse a cabo en la forma que las partes hayan acordado en el plan de reparación, Aquí se podrá incluir a petición del juzgador el contenido de la responsabilidad civil ex delito o de la falta, conforme al art. 110 del CP.. En todos los procedimientos por delito, la reparación del daño deberá concluirse con carácter previo a la formulación del escrito de conclusiones provisionales, a los efectos de su valoración efectiva como circunstancia modificativa de la responsabilidad penal quedando a disposición de las partes.

FASE DE SEGUIMIENTO

El seguimiento de la reparación se efectuara a través del Juzgado de Instrucción, quien podrá solicitar informes al equipo de mediación sobre el estado del procedimiento, el cumplimiento y ejecución del Plan de reparación.

En el supuesto de proceso abreviado, el seguimiento por el Juzgado de Instrucción se dirigirá a comprobar el efectivo cumplimiento de los acuerdos alcanzados, ejecución que ha de ser anterior al escrito de conclusiones provisionales del Ministerio Fiscal, a fin de que en el mismo se recoja la atenuación que corresponda, en atención a la mediación alcanzada y a la reparación del daño satisfecha.

Ello no obstante, en caso de que las acusaciones y la defensa hubieran pospuesto la ejecución total o parcial del acuerdo a la fase de ejecución de sentencia, corresponderá al Juzgado de lo Penal competente para la ejecución el seguimiento de dicho acuerdo de reparación. En el supuesto de Juicio de faltas, corresponderá al Juzgado de Instrucción el seguimiento del Plan de reparación acordado por las partes y la ejecución de la sentencia en los términos que se establezcan.

MEDIACIÓN PENAL EN LA FASE DE ENJUICIAMIENTO

INICIO DEL PROCESO DE MEDIACIÓN

Estando las actuaciones a disposición del órgano competente para el enjuiciamiento el Juez o el Tribunal, con acuerdo del Ministerio Fiscal, valorase la conveniencia de someter el proceso a mediación en la fase de enjuiciamiento.

El Juzgado o el Tribunal, a instancia de cualquiera de las partes, dictará providencia de derivación de la causa al proceso de mediación y la enviará a la persona acusada y a la víctima.

Ante la respuesta de ambas partes, se realizará una sesión individual con cada una de ellas, para que manifiesten su conformidad para participar en la mediación, a cuyos efectos se firmará un documento de consentimiento informado.

El plazo de contestación definitiva acerca de la participación en la mediación será de 15 días (aunque no debe considerarse el plazo de naturaleza preclusiva) desde la notificación de la providencia judicial.

Si la contestación es negativa por cualquiera de las dos partes, se documentará la misma y por el Juzgado se dictará providencia haciendo constar el seguimiento de la causa por los cauces ordinarios para el señalamiento de juicio oral, notificándose la misma al Ministerio Fiscal, a las partes y al Equipo de mediación.

Si la víctima se negase a participar en el proceso y la persona acusada manifestase su intención de hacerlo, el Equipo de mediación podrá documentar la actividad desarrollada por éste a los efectos penológicos que correspondan.

FASE DE ACOGIDA

Esta fase se inicia cuando las dos partes han consentido iniciar el procedimiento, donde se les informa del contenido y naturaleza del proceso de la mediación a través de entrevistas individuales.

La persona mediadora deberá conocer de las partes, la siguiente información:

- De la persona acusada su situación específica con la justicia y los posibles beneficios que puede lograr, así como el nivel de responsabilidad asumido respecto del delito y las consecuencias.
- De la víctima podrá tener conocimiento de las emociones, daños padecidos, consecuencias derivadas del delito y necesidad e interés en ser reparada.

Con esta información, la persona mediadora valorará si procede o no iniciar la fase de encuentro dialogado; acto seguido comenzara la fase de encuentro dialogado, siendo posible llegar a un acuerdo sin que la víctima y la persona infractora se vean físicamente, utilizando otras formas de comunicación indirectas.

Tras la finalización de la fase de encuentro dialogado, si las partes alcanzan una decisión común basada en su convicción e interés, se redacta el acuerdo de reparación, que llevará implícito un plan de reparación, por ello a esta parte del procedimiento se le denomina *fase de acuerdo*.

El documento que acredite que la mediación se ha desarrollado convenientemente, el número de sesiones y aspecto fundamentales se firmará por las partes y representantes legales de alguna de ellas si los hubiere, entregándose una copia a cada una de ellas, y al Juzgado de lo penal, quien lo remitirá al Ministerio Fiscal a efectos de notificación. El

mediador interviniente ratificará dicho Acuerdo a presencia judicial al presentar el mismo ante el Juzgado.

En caso que se concluya sin acuerdo, el Equipo de mediación informaría de esta circunstancia al Juzgado o al Tribunal pero respetando la confidencialidad de lo tratado. La víctima podrá ratificar judicialmente el Acuerdo de mediación si la misma lo solicita y siempre que no sea necesaria su presencia en el acto del juicio oral a petición del Ministerio Fiscal.

Por el Juez de lo Penal se procederá a dictar Auto de admisión de pruebas y señalamiento de juicio oral, citando al Ministerio Fiscal y a las partes (acusado, víctima, y sus representantes procesales).

No se citará al mediador ni a los testigos, salvo que la víctima con excepción del caso anteriormente citado, ni peritos propuestos y admitidos, salvo que el Ministerio Fiscal o la representación procesal de las partes manifiesten la necesidad de su presencia, de todos o algunos, en el acto del juicio oral si la mediación es parcial respecto a los hechos imputados y en relación a estos últimos o el mediador, en casos excepcionales, lo solicite a petición propia.

Si el proceso de mediación no llegase a un Acuerdo, el mediador interviniente elaborará un documento que remitirá al Juzgado de lo penal que, a su vez, dictará providencia, la cual notificará a todas las partes poniéndoles en conocimiento el seguimiento de la causa por los cauces ordinarios de señalamiento de juicio oral.

El plazo para la realización de la mediación es de un mes desde la firma del consentimiento informado. No obstante, el Juez o el Tribunal pueden ampliar el plazo, a petición del Equipo de mediación.

FASE DE COMPARECENCIA DE CONFORMIDAD EN EL JUICIO

El acto del juicio oral se iniciará con el trámite de conformidad, en la que se podrá modificar el escrito de calificación, haciendo suyos los acuerdos alcanzados en el proceso de mediación, siempre dentro de los términos de legalidad.

El abogado y el Ministerio Fiscal definirán y debatirán las consecuencias jurídicas, en lo que a la determinación exacta de la pena y posibles beneficios penales (sustitución o suspensión de la pena).

Cualquiera de las partes que manifieste en dicha comparecencia su oposición al acuerdo alcanzado, se procederá a la celebración del juicio mediante la práctica de prueba.

FASE DE REPARACIÓN O EJECUCIÓN DE ACUERDOS

La reparación podrá llevarse a cabo en la forma que las partes hayan acordado en el plan de reparación que el Juez o el Tribunal podrá incluir como contenido de la responsabilidad civil derivada del delito, art. 110 CP, o como regla de conducta del art. 83 CP en caso de que se adoptase la suspensión de la ejecución de la condena.

La ejecución material de la reparación deberá, al menos, iniciarse, con anterioridad al acto del juicio oral, si así lo acuerdan las partes, con el desarrollo del contenido del encuentro dialogado, procediendo a la restitución, reparación, indemnización, petición de perdón, reconocimiento de hechos.

Si dentro del proceso de mediación se contemplara la reparación del daño por medio del pago de la indemnización, el mediador interviniente remitirá al acusado y a su representación procesal al Juzgado de lo penal a dicho efectos.

FASE DE SEGUIMIENTO

El seguimiento de la reparación se efectuará a través del Juzgado o Tribunal sentenciador, o en su caso, el órgano jurisdiccional encargado de la ejecución.

MEDIACIÓN PENAL EN LA FASE DE EJECUCIÓN

Tras el Auto de firmeza de la sentencia (arts. 798, 974, 975, 985 y 988 LECrim) se obtiene el título ejecutivo necesario para comenzar el proceso de ejecución (arts. 141.6, 143 LECrim y 245.4 LOPJ).

Una vez que el Juez encargado de la ejecución, con acuerdo del Ministerio Fiscal, ha valorado la conveniencia de someter el proceso a mediación en la fase de ejecución, el secretario judicial se pondrá en contacto con el abogado defensor.

Si se acepta la mediación y se lleva a cabo con éxito, se documenta en un acta en que se plasmará el acuerdo de reparación, que llevará implícito un plan de reparación, que se deberá de comunicar al juzgado o tribunal, junto con el documento que lo contiene, firmado por las partes.

Si no hay acuerdo, el Juez o Tribunal podrá, no obstante, decidir sobre la suspensión, sustitución o informe del indulto valorando, en su caso, las circunstancias que concurran, por ejemplo, los esfuerzos del condenado por reparar a la víctima y su actitud hacia el logro de la reparación. Si hay acuerdo, el mediador lo comunicará al Juzgado o Tribunal, junto con el documento que lo contiene, firmado por las partes. El Juez encargado de la ejecución podrá, si lo considera conveniente, citar a la persona acusada, víctima y mediador.

La mediación finalizada podrá ser valorada por el Ministerio Fiscal y el órgano responsable de la ejecución, junto a otros elementos

concurrentes a los efectos de concesión de suspensiones de condena, sustituciones o informes para indulto.

SISTEMAS DE EVALUACIÓN Y CONTROL

Para el control directo e inmediato de la actividad mediadora se propone el uso de dos fichas u hojas de recogida de datos y de control y seguimiento de los procesos de mediación penal intrajudicial (Anexo III).

La primera es de carácter general y la segunda se trata de una ficha que debe acompañar a cada uno de los asuntos que se deriven a mediación penal; esta ficha va dirigida al órgano judicial y a la fiscalía que participen en un proceso de mediación y por lo tanto debe ser cumplimentada por los Fiscales, Jueces y Secretarios judiciales que actúen en los procedimientos penales en los que se produzca una derivación del caso a mediación.

Pretende, pues, constituirse en una herramienta de trabajo al servicio de quienes operan en la mediación penal intrajudicial para permitirles recoger toda la información relevante y, también, en un instrumento destinado a valorar y analizar los procesos de mediación que se llevan a cabo en los distintos territorios que podrían acoger los organismos y administraciones con competencia en materia de justicia, es decir el Consejo General del Poder Judicial y la Fiscalía General del Estado, el Ministerio Justicia y las Comunidades Autónomas. La información es condición necesaria para conocer y seguir las experiencias y actividades de mediación, para operar el necesario control de calidad, homogeneizar prácticas, recopilar aquellas que se consideren buenas soluciones a los problemas que se planteen, analizar los resultados y detectar obstáculos, para promover la reflexión y proposición de las modificaciones adecuadas.

Se propone además, desde una perspectiva a largo plazo, los siguientes sistemas de conocimiento y control de la actividad:

- Creación de Comisión de Evaluación y Seguimiento de la implantación de programas de mediación a nivel estatal y territorial, formada por todos los agentes jurídicos intervinientes en los programas, para el adecuado control de calidad y buenas prácticas en el desarrollo de los programas de mediación. En cada territorio se creará una Comisión de Evaluación y Seguimiento que centrará toda la información del desarrollo de los programas de mediación puestas en marcha, que remitirá a la Comisión de carácter estatal con una valoración de los resultados obtenidos y propuestas de mejoras y buenas prácticas.
- Elaboración de Memoria Anual sobre la implantación de los programas de mediación penal intrajudicial por la Comisión de Evaluación y Seguimiento de carácter estatal con toda la información remitida por las Comisiones territoriales, conteniendo la valoración de los resultados obtenidos y propuestas de futuro.
- Realización de Visitas de conocimiento por los Servicios de Inspección del Consejo General del Poder Judicial y Fiscalía General del Estado a los órganos judiciales y fiscalías en que se llevan a cabo los programas de mediación para la supervisión y divulgación de buenas prácticas en el desarrollo del programa. Traslado de los informes de dichas visitas a las Comisiones de Evaluación y Seguimiento territorial y estatal de la implantación de la mediación penal intrajudicial.

ANEXO I| MARCO LEGISLATIVO

La legislación internacional

Naciones Unidas

- Carta de los Derechos Humanos, de 26 de junio de 1945, Capítulo VI, artículo 34, refleja para la solución de controversias “la negociación, la investigación, la mediación, la conciliación, el arbitraje, el arreglo judicial, el recurso a organismos o acuerdos regionales u otros medios pacíficos a su elección”.
- Resolución 53/243, de 6 de octubre de 1999, sobre la declaración y programa de acción sobre una cultura de Paz.
- Resolución 55/59 sobre Plan de acción sobre Justicia Restaurativa.
- Resolución 26/1999, de 28 de julio, sobre el desarrollo y la implementación de la mediación y las medidas de la Justicia Restaurativa en la Justicia criminal.
- Resolución 14/2000, de 27 de julio, sobre principios básicos del uso de la Justicia Restaurativa en los procesos criminales, que anima el intercambio y experimentación en el ámbito de la mediación penal.
- Informe del Secretario General del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, de 7 de enero de 2002, sobre la reforma del sistema de justicia penal: logro de la eficacia y la equidad. La Justicia Restaurativa.
- Standards y normas para la prevención del crimen y la Justicia criminal, Comisión de Prevención del Crimen y Justicia Criminal, de 18 de abril de 2002, sobre Principios básicos sobre el uso de los programas de Justicia Restaurativa en los procesos criminales.

Europa

1. Consejo de Europa. Las Recomendaciones:

- **La Recomendación núm. R (83)7** está orientada a potenciar la participación del público en la elaboración y aplicación de políticas criminales que tienden a prevenir la criminalidad y a facilitar la indemnización y la reparación a la víctima.
- **La Recomendación núm. R (85)11**, relativa a la posición de la víctima en el marco del proceso y del derecho penal.
- **La Recomendación núm. R (87)18**, sobre la simplificación de la justicia penal, recomienda a los gobiernos potenciar la aplicación de los principios de no criminalización y de intervención mínima. Se recomienda recurrir a acuerdos de compensación entre el autor y la víctima y evitar la acción penal, si el sujeto cumple las condiciones acordadas.
- **La Recomendación núm. R (99)19**, sobre mediación en el ámbito penal: Define la mediación y establece los principios generales de actuación, orientados tanto a las jurisdicciones penales juveniles como a la jurisdicción penal de adultos.

2. Unión Europea

- **La Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012.**
- **La Decisión marco del Consejo de 15 de marzo de 2001 relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal (2001/220/JAI)** ha sido recientemente sustituida por la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012, de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos: “Derecho a garantías en el contexto de los servicios de justicia reparadora”.

Legislación española

- **La ley Penal Juvenil** es la única Ley Penal donde se regula la mediación/reparación entre víctima e infractor.

- **La Ley de Violencia de contra la Mujer** prohíbe expresamente la mediación en estos supuestos.

- **El Código Penal vigente** no regula la mediación. No obstante, prevé expresamente el otorgamiento de determinados beneficios jurídicos al infractor que repare el daño causado a la víctima, que según los casos pueden consistir en:
 - La apreciación de la **atenuante genérica del artículo 21.5**, que recoge como una de las circunstancias atenuantes de la responsabilidad criminal, que el culpable haya reparado el daño ocasionado a la víctima o aminorado sus efectos en cualquier momento del procedimiento, antes del juicio oral.. No puede olvidarse la apreciación de alguna de las **atenuantes específicas** reguladas en diversos tipos penales de la parte especial del Código.

 - La **extinción de la responsabilidad penal por el perdón del ofendido**. En estos casos un proceso de mediación puede facilitar la obtención de un acuerdo con el cual el perjudicado se considere plenamente reparado y, como consecuencia retire la denuncia y el Juez o Tribunal pueda archivar la causa.

 - Asimismo, la flexibilidad de algunos artículos del Código Penal hace posible una amplia interpretación que permite, en diferentes casos, la mediación como un instrumento muy útil para facilitar una efectiva reparación al perjudicado, favorecer la rehabilitación del infractor y en fase de ejecución, posibilitar la obtención de otros beneficios jurídicos, como la suspensión de la condena, la libertad condicional, o el indulto de la pena.

El Borrador del Anteproyecto de Código Procesal Penal: El Libro II lleva la rúbrica “Disposiciones Generales sobre las actuaciones procesales y la Mediación Penal “y su título VI está dedicado a la “La Mediación Penal”.

ANEXO II| TIPOLOGIA DE CASOS DERIVABLES A MEDIACION

1. *Infracciones penales*

Es una opinión muy generalizada que la existencia de un listado cerrado puede resultar contraproducente porque puede obstaculizar y hasta impedir el acceso a mediación de tipos no incluidos en él al crear estereotipos que operan a modo de freno automático en los operadores jurídicos para impedir una actitud más abierta y amplia ante la mediación penal.

FALTAS: La mediación penal no se ha de descartar tampoco para las faltas, detrás de muchas de las denuncias penales tramitadas en los diversos juzgados de instrucción y de paz de nuestro país por infracciones calificadas como faltas subyacen conflictos generados a partir de relaciones personales, familiares, laborales, continuadas en el tiempo, cuya resolución por la vía jurisdiccional resulta tan insuficiente e insatisfactoria para los interesados que las denuncias se multiplican, se superponen, y se cruzan, provocando numerosos juicios pendientes con relación a las mismas personas.

DELITOS MÁS GRAVES: Desde la perspectiva opuesta, hay quienes defienden la exclusión de la mediación en los delitos más graves dada la importancia del bien jurídico que se protege. No obstante la experiencia demuestra que no se debería descartar el proceso de mediación en estos supuestos, debe permitir se que sea la víctima de la infracción quien decida si desea someterse al proceso de mediación, y, contar asimismo con la determinación en el mismo sentido del acusado o condenado.

No cabe duda que hasta en delitos muy graves, la mediación podría llevarse a efecto pasado un tiempo de cumplimiento de pena de prisión. Como se ha analizado en el primer epígrafe de este trabajo, estos encuentros restaurativos pueden tener efectos legales a nivel penitenciario.

No se deben excluir los tipos penales en los que no haya concreción de la cuantía del daño. La mediación repara no sólo el dato material sino, por encima de ello, el daño moral. Por ello hay muchos tipos de acuerdos, no sólo los de contenido económico o dinerarios, que responden al perjuicio diferente que puede haberse causado.

DELITOS SIN VÍCTIMA: Los 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.

REINCIDENCIA: La realidad cotidiana de la mediación que se realiza en el procedimiento penal de adultos pone en evidencia que no se debe excluir a las personas que ya han cometido delitos con anterioridad a su intervención en el proceso de mediación, pues los momentos vitales en que se cometen las infracciones son distintos y deben, pues, recibir un tratamiento diferenciado.

Debe además considerarse que, en muchas ocasiones, será la primera vez que al victimario se le concede la posibilidad de responsabilizarse del daño que ha causado, repararlo y pedir perdón por ello.

Otro supuesto diferente es el que se plantearía si la recaída en el delito por el infractor se produce tras la participación en un proceso de mediación previo. En este caso, sí se podría plantear dudas sobre la eficacia de la mediación en estrictos términos de prevención especial. No obstante, si la víctima quiere mediar, porque necesita de ello, incluso en los casos en los que la persona infractora sea reincidente habría que

intentar la mediación. En todos estos casos el mediador controlará que el victimario no participe en el procedimiento con fines espurios, de ser así, hará que cese la mediación.

2. Por razón de la víctima

Cabe cuestionarse la viabilidad de la mediación autor víctima en el caso de las víctimas menores de edad, incapaces, las mujeres víctimas de la violencia machista y las víctimas de delitos violentos. No es fácil definir criterios generales, sino que habrá que atender a cada caso concreto. Depende de qué menor de edad estemos hablando, de su edad, de su madurez y de su predisposición a someterse al proceso, contando siempre con sus representantes legales, como es obvio. Depende también del grado y tipo de incapacidad. Sobre las mujeres víctimas de la violencia machista habría también que observar el grado y la reiteración de la violencia y el deseo de la víctima por someterse al proceso.

3. Situaciones polémicas de derivación a mediación

- a. Cuando la persona acusada está en situación irregular en España.
- b. En el delito continuado (art. 74 del Código Penal).
- c. Cuando una de las partes no está en el pleno uso de sus facultades mentales.
- d. Cuando hay varias personas víctimas o acusadas y sólo participa una.

ANEXO III| FORMULARIOS

Doc. 1: Ficha de recogida de datos por periodos

• **ÓRGANO JUDICIAL:**

Juzgado de Instrucción n.º

Juzgado de lo Penal n.º

Juzgado de lo Penal de Ejecutorias n.º

Juzgado de Vigilancia Penitenciaria n.º

Audiencia Provincial de, Sección n.º

• **FISCALÍA PROVINCIAL/ DE ÁREA:**

Fiscal coordinador:

• **EQUIPO TÉCNICO DE MEDIACIÓN:**

Entidad Privada:

Entidad Pública: estatal/autonómica/local

Número de miembros:

Formación: jurídicos/psicólogos/educadores sociales/ sociólogos/otros

• **FECHA DE INICIO PROCESO DE MEDIACIÓN:**

• **FECHA DE FINALIZACIÓN PROCESO DE MEDIACIÓN: MOTIVO/CAUSA**

• **ASUNTOS DERIVADOS A MEDIACIÓN PERIODO SEMESTRAL/ANUAL:**

1.º Número:

2.º Con Acuerdo:

3.º Sin Acuerdo:

4.º Número Sentencias:

5.º Tipos delictivos:

- OBSERVACIONES: Problemas o dificultades detectados en el periodo evaluado
- PROPUESTAS DE MEJORAS 0 MODIFICACIONES DEL PROCESO DE MEDIACIÓN:
- VALORACIÓN DEL ORGANO JUDICIAL: Juez/Magistrado/Secretario Judicial y ofician de Fiscalía. Observaciones.
- VALORACIÓN DEL FISCAL. Observaciones.
- VALORACIÓN DE LOS LETRADOS. Observaciones.
- VALORACIÓN DEL EQUIPO TÉCNICO. Observaciones.
- VALORACIÓN SOBRE LA COORDINACIÓN ENTRE LOS AGENTES PARTICIPANTES:
Observaciones.
- DATOS SOBRE NÚMERO DE ASUNTOS DERIVADOS A MEDIACIÓN SEMESTRAL/ANUAL:

Doc. 2: Ficha de recogida de datos de cada proceso de mediación

- Número de causa:
- Órgano Judicial:
- Fiscal interviniente:
- Delito/Falta:
- Hecho delictivo:

- Imputado/Acusado:

(Hombre / Mujer / Edad / Antecedentes Penales / Nacional / Extranjero / Estado civil / Hijos / Enfermedad mental, discapacidad u otras circunstancias / Toxicomanías / Relación de parentesco con víctima / situación personal: libertad / prisión) Número de imputados: ¿Ha intervenido previamente en una mediación?: Positiva: cumplimiento efectivo si / no. Negativa: Motivos.

- Víctima:

(Hombre / Mujer / Edad / Antecedentes Penales / Nacional / Extranjero / Estado civil / Hijos / Enfermedad mental, discapacidad u otras circunstancias / Toxicomanías / Relación de parentesco con imputado / acusado / situación personal: libertad / prisión).

- Tiempo de duración proceso de mediación:

- Derivación a Mediación:

a) de oficio: Juez / Secretario Judicial

b) a instancia Equipo Técnico de Mediación

c) a instancia de parte: Fiscal / Letrado del acusado / del imputado / Letrado de la víctima

- Resultado de la derivación a Mediación:

(Positiva / Negativa: motivo / Informe del Fiscal: positivo / negativo: motivo. Observaciones)

- Resultado de la Mediación:

Con Acuerdo:

Contenido del Acta de Acuerdo:

Reconocimiento hechos: sí / no

Petición de perdón o disculpas

Acuerdo alcanzado: pago responsabilidad civil / modo y forma / compensación moral

Sin Acuerdo:

Motivo: imputado / acusado; víctima; equipo técnico de mediación

- Observaciones:

- Efectividad Acuerdo de Mediación ante el Órgano Judicial:

a) Juzgado de Instrucción / Juzgado de lo Penal / Audiencia Provincial:

1. ° *Inicio del cumplimiento del acuerdo antes del señalamiento del Juicio Oral: sí/ no: motivos, total / parcial.*

2. ° *Señalamiento de Juicio Oral: sí/ no: motivo.*

3. ° *Celebración del Juicio Oral: sí/ no / total / parcial: motivo.*

4. ° *Sentencia de conformidad: sí/ no: motivo.*

5. ° *Reconocimiento expreso del proceso de mediación en la sentencia: sí/ no.*

6. ° *Fallo de la Sentencia: contenido.*

7. ° *Concordancia del Fallo con el Acuerdo de Mediación: sí/ no: motivo. Total / parcial.*

8. ° *Observaciones:*

b) Juzgado Penal de Ejecutorias / Juzgado de Vigilancia Penitenciaria

1. ° *Concordancia de la Resolución Judicial con el contenido del Acuerdo de Mediación: sí/ no: motivo. Total / parcial.*

2. ° *Observaciones*

• *Ejecución Sentencia:*

1. ° *Ante el mismo Órgano Judicial: sí/ no.*

2. ° *Seguimiento del cumplimiento del acuerdo de mediación contenido en Sentencia por los servicios de mediación: sí/ no.*

3. ° *Cumplimiento: sí/ no: motivo. Total / parcial.*

4. ° *Consecuencias del incumplimiento total o parcial del fallo de la Sentencia:*

5. ° *Observaciones:*

II. Curso realizado por el alumno que suscribe, e impartido por la ULL que lleva por título “La gestión y la resolución de los conflictos: la mediación”, obteniendo la calificación de SOBRESALIENTE (10).

ULL

Universidad
de La LagunaVicerrectorado de Relaciones
Universidad y Sociedad**CERTIFICADO DE ASISTENCIA, APTITUD Y CONVALIDACIÓN POR E.C.T.S.**

(European Credit Transfer and accumulation System)

Otorgado a favor de **D. GREGORIO DAVID ZAMORA JARA** con DNI 4222566V por haber asistido con aprovechamiento al Curso **LA GESTIÓN Y RESOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS: LA MEDIACIÓN**, que forma parte del Ciclo "Noroeste 2014", organizado por este Vicerrectorado en colaboración con el/la Ayuntamiento de San Juan de la Rambla, de acuerdo con las Directrices Generales de los Cursos Universitarios de Extensión, recogido en el Catálogo Oficial de Actividades de la Universidad de La Laguna (curso académico 2014/2015), dirigido por la Dra. D^a. **MARIA ELVIRA AFONSO RODRIGUEZ**, que se celebró los días 10 a 12 de noviembre de 2014, con una duración de 10.0 horas presenciales y 15.0 horas no presenciales, equivalentes a 1.0 ECTS, según el programa del Curso que se especifica al dorso, habiendo obtenido la calificación de 10 (Sobresaliente).

Lo que se hace constar a los efectos que procedan.

San Cristóbal de La Laguna, a 09 de diciembre de 2014

LA VICERRECTORA



Mª Nérida Rancel Torres

III. XXIV Congreso Internacional “Dialogo Fe-Cultura, la mediación un instrumento para la paz”.



CERTIFICADO DE ASISTENCIA

Otorgado a favor de **D. GREGORIO DAVID ZAMORA JARA** con DNI 42222566V por haber asistido con regularidad al curso **XXIV CONGRESO INTERNACIONAL DIALOGO FE-CULTURA "MEDIACION, INSTRUMENTO PARA LA PAZ"**, organizado por este Vicerrectorado en colaboración con el/la Instituto Superior de Teología de las Islas Canarias, dirigido por la Dra. D^a. María de las Mercedes Palarea Medina, que se celebró los días 15 a 17 de abril de 2015, con una duración de 10.0 horas lectivas.

Lo que se hace constar a los efectos que procedan.

San Cristóbal de La Laguna, a 05 de junio de 2015

EL VICERRECTOR



Francisco J. García Rodríguez