

CAPÍTULO VI

El proceso de mediación penal en la Justicia de adultos.

Desarrollo y aplicaciones en Aragón

Cristina Martínez Sánchez

Sumario

I. CONCEPTO Y PRINCIPIOS DE LA MEDIACIÓN PENAL

1. Concepto «expreso» de mediación penal

2. Principios de la mediación penal.

- 2.1. Voluntariedad
- 2.2. Confidencialidad
- 2.3. Neutralidad
- 2.4. Universalidad
- 2.5. Gratuidad
- 2.6. Oficialidad
- 2.7. Proporcionalidad
- 2.8. Complementariedad

II. EL CONTENIDO MATERIAL DE LA MEDIACIÓN

1. El reconocimiento de los hechos

2. La conciliación

3. La reconciliación y el perdón del ofendido

4. La reparación del daño

III. EL PROCESO DE MEDIACIÓN: FASES PARA SU DESARROLLO

1. Presupuestos esenciales de partida del procedimiento de mediación

2. Fases del proceso de mediación

- 2.1. Fase de derivación a mediación
- 2.2. Fase de la sesión informativa
 - 2.2.1. Presupuestos para la continuación del proceso
- 2.3. Fase de identificación del problema

2.4. Fase del encuentro dialogado

2.5. Fase del acuerdo

3. *Seguimiento o cumplimiento del «acuerdo de mediación»*

3.1. La función del mediador

3.2. La función de los juzgados y tribunales

IV. LA MEDIACIÓN EN LAS DISTINTAS FASES DEL PROCESO PENAL

1. *La mediación en la fase de instrucción*

1.1. La implementación de la mediación en los procedimientos judiciales

1.1.1. La mediación en el procedimiento abreviado

1.1.2. La mediación en el procedimiento sumario

1.1.3. La mediación en el procedimiento del enjuiciamiento rápido

1.1.4. La mediación en el procedimiento por delito leve

1.1.5. La mediación en el proceso por aceptación de decreto

2. *La mediación en la fase de enjuiciamiento*

2.1. La mediación en el procedimiento abreviado

2.1. La mediación en el procedimiento de enjuiciamiento rápido

2.1. La mediación en el procedimiento sumario

3. *La mediación en la fase de ejecución de sentencia*

3.1. Suspensión de la pena

3.2. La Justicia restaurativa en la prisión

3.2.1. Mediación con las víctimas

3.2.2. Mediación penitenciaria: mejorar la convivencia «intramuros»

V. LA MEDIACIÓN PREVIA AL PROCESO (*MEDIACIÓN EXTRAJUDICIAL*): MEDIACIÓN EN LA PREVENCIÓN DEL DELITO

1. *La mediación comunitaria*

2. *La mediación policial*

3. *La mediación escolar*

VI. IMPLEMENTACIÓN DE LA MEDIACIÓN PENAL A TRAVÉS DE PROTOCOLOS DE ACTUACIÓN HOMOLOGADOS POR EL CGPJ EN ARAGÓN

1. Modelo de protocolo para la mediación penal: Guía del CGPJ

- 1.1. Implantación de los servicios de mediación
- 1.2. Derivación de los casos a mediación por el órgano judicial
 - 1.2.1. Competencia para derivar a mediación
 - 1.2.2. Delitos que pueden derivarse a mediación «delitos mediables»
 - 1.2.3. Contenido de la derivación
 - 1.2.4. Plazo para desarrollar la mediación
- 1.3. Fase de implementación del acuerdo de mediación en el procedimiento judicial
 - 1.3.1. En la fase de instrucción
 - 1.3.2. En la fase de enjuiciamiento
 - 1.3.2. En la fase de ejecución
- 1.4. Desarrollo de la mediación por el Equipo de Mediación
 - 1.4.1. El contacto con las partes
 - 1.4.2. Fase de la sesión informativa
 - 1.4.3. Desarrollo del protocolo de mediación en las demarcaciones judiciales

2. Convenios de colaboración para el desarrollo de la mediación en Aragón

- 2.1. Convenio entre el CGPJ y la CA de Aragón para la promoción de la mediación intrajudicial
- 2.2. Convenio de colaboración entre el Gobierno de Aragón, el CGPJ, el Ministerio Fiscal y la Asociación ¿Hablamos?
- 2.3. Convenio del CGPJ y el Colegio de Abogados de Huesca

3. La Oficina de Asistencia a las Víctima en Aragón y su contribución al desarrollo de la justicia restaurativa

I

CONCEPTO Y PRINCIPIOS DE LA MEDIACIÓN PENAL

1. CONCEPTO «EXPRESO» DE MEDIACIÓN PENAL

La mediación constituye el proceso más habitual de desarrollo de la Justicia Restaurativa en nuestros sistemas de justicia europeos, y por tanto su herramienta más eficaz. Otras fórmulas de justicia comunitaria han tenido menor significación, debido al monopolio que el estado tiene en la definición y la respuesta de las conductas punibles; incluso en los países del *common law* es la práctica más importante.

A la hora de perfilar un concepto de mediación penal, y a diferencia de lo que ocurre con la justicia restaurativa como categoría o concepto indeterminado, con una pluralidad de acepciones, la mediación penal cuenta con una definición precisa, contenida en *la Recomendación nº R (99) 19 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 15 de septiembre de 1999*, que la define en su artículo 1.

el proceso en el que víctima e infractor se encuentran, si así lo aceptan voluntariamente, para participar activamente en la resolución de las consecuencias derivadas del delito, mediante la ayuda de una tercera parte imparcial, llamada mediador.

El texto también alude a los principios más importantes que deben de regir este procedimiento, como son la voluntariedad de las partes, la confidencialidad del proceso, así como su disponibilidad en todas sus fases, a los que más adelante serán objeto de nuestro estudio.

Si la mediación es la herramienta más conocida y utilizada dentro de justicia restaurativa, de no menor trascendencia tiene el hecho de que no existe una aplicación unánime de la misma, derivado de la multiplicidad de formas de entender la mediación, lo que ha ido configurado una clasificación agrupada en torno a distintas escuelas¹.

¹ *Vid.* GORDILLO SANTANA, L.F.: *La justicia restaurativa, ob. cit.*, p. 182, donde relaciona las distintas escuelas de mediación: *la Escuela de Harvard*, (HAYNES, J., COBBS, S., FISHER, R., URY, W...): El objetivo es el acuerdo. El modelo está en la línea de una negociación entre partes, pero asistida por una figura imparcial, el mediador que sostiene la estructura del proceso. *Escuela Circular Narrativa*: (SUARES, M, y COB, S.) nace del paradigma sistémico donde la comunicación tiene especial relevancia, puesto que a través del lenguaje podemos cambiar la narrativa del conflicto consiguiendo una perspectiva distinta del mismo, mejorando las relaciones. *Escuela Transformativa*: (FOLGER, BUSH...): orientada, más que a la obtención de acuerdos alcanzados entre las partes, al proceso en sí mismo, como transformador de la relación entre las personas. *Escuela Interdisciplinaria*: (BUSTELO, D,...): es una mezcla de las anteriores, incluye el mundo de los afectos y los intereses con una comunicación adecuada para conseguir un acuerdo.

Más allá de los métodos y fórmulas que se aplican por los seguidores de estas escuelas, no cabe duda que el modelo restaurativo que se aplique para la intervención dentro del proceso penal deberá adaptarse a las características propias y específicas de un proceso que ya de entrada parte de un desequilibrio en la relación entre las partes, que dista mucho de aquellos conflictos que puedan surgir en la esfera civil del individuo, y donde el mediador debe asumir el rol de facilitar el diálogo, reequilibrar fuerzas y sostener el proceso sin perder su objetividad y neutralidad.

Por otra parte, la mediación cumple con el mandato constitucional de participación de los ciudadanos en la administración de justicia, ya que, ¿qué mejor forma de participar, que cuando el conflicto nos afecta directamente?²

<p style="text-align: center;">CONCEPTO DE MEDIACIÓN PENAL -características singulares-</p>

-
- *Se parte de un desequilibrio entre las partes con carácter general*
-
- *El mediador debe actuar para reequilibrar esa desigualdad, sin perder la neutralidad. Intervención proactiva.*
-
- *Marco constitucional, internacional y europeo.*
-
- *Control de la manipulación o pervisión del sistema por cualquiera de las partes y, en su caso, de otros participantes.*
-
- *El foco está tanto en el acuerdo como en el proceso; en los Intereses y necesidades de las partes; en la reparación del daño a la víctima; en la reintegración del infractor en la comunidad y el acompañamiento a la víctima.*
-

2. PRINCIPIOS DE LA MEDIACIÓN PENAL

2.1. Voluntariedad

La mediación es un procedimiento de carácter esencialmente voluntario³, derivado de su propia naturaleza, ya que se trata de un diálogo entre partes, en el cual se van a expresar, no sólo hechos, sino sentimientos, emociones, deseos y necesidades, que conectan con las vivencias más íntimas de los seres humanos, y que por tanto, en un escenario como ese, se debe de ofrecer un espacio de seguridad, tanto para la víctima como para el ofensor; en dicho espacio no es posible la coerción ni la imposición sin renegar de su propio significado.

La voluntariedad alcanza a todo el proceso, es decir, las partes pueden abandonar el proceso de mediación en cualquier momento, debiendo

² Cfr: FABREGA RUIZ, C. F. (Fiscal de Jaén. Secretario General GEMME España y HEREDIA LAPUENTE, M. (Fiscal de Jaén y Coordinadora Fiscalía del Proyecto Mediación Penal de Adultos.

³ *Vid.* Conclusiones sobre el Seminario de mediación penal del Consejo General del Poder Judicial -2005-, donde se recoge la voluntariedad de la mediación.

quedar garantizados todos los derechos que asisten a las partes; en particular, desde el lado de la víctima, donde se eviten nuevas revictimizaciones, y desde el del ofensor, que especialmente quede garantizado el principio de presunción de inocencia.

La clave del éxito de la justicia restaurativa y por tanto de la mediación que defendemos, deriva precisamente de la autonomía para decidir de las partes⁴, lo que la aleja del concepto de sanción penal.

2.2. Confidencialidad

El segundo principio, tan importante como el anterior y vinculado a él, es el de la confidencialidad, ya que para que la voluntariedad pueda ser efectiva, el proceso debe de ser también confidencial, tanto para las partes como para el mediador.

La confidencialidad preserva la presunción de inocencia del victimario en el caso de que hubiera existido un reconocimiento de hechos durante el proceso de mediación, ya que dicho reconocimiento, no podrá ser utilizado como prueba en un proceso penal⁵; por tanto, se establecen cautelas para preservar la presunción de inocencia⁶.

Por tanto, la confidencialidad garantiza la voluntariedad del proceso con el respeto al principio de presunción de inocencia, avalando a su vez, el principio de tutela judicial efectiva, de tal manera que las partes pueden renunciar a la mediación en el momento que quieran e instar la iniciación o el retorno al proceso judicial⁷.

La mediación penal se desarrollará en un procedimiento alternativo al proceso penal, que garantice una adecuada separación, lo que permitirá

⁴ LARRAURI, E., «Tendencias actuales de la Justicia Restauradora», en PÉREZ ÁLVAREZ, F. (Ed), Serta, *In memoriam Alexandri Baratta*, Ed. Universidad de Salamanca, 2004; La Recomendación R (99) 19 del Consejo de Ministros de la UE en el punto II – apartado 1, dice: «La mediación penal tiene que llevarse a cabo exclusivamente con el consentimiento libre de las partes...». Vid. GORDILLO SANTANA, L.F., *La Mediación penal. Caminando hacia un nuevo concepto de justicia*. Tesis Doctoral leída el 22 de septiembre de 2005. Universidad de La Rioja, capítulo 3, p. 109 y ss. En el mismo sentido, GORDILLO SANTANA, L.F., en su obra *La Justicia Restaurativa y la Mediación penal*, Iustel, Madrid, 2007, p. 199 y pp. 355-356.

⁵ Vid. RIOS MARTIN, J.C. MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. SEGOVIA BERNABÉ, J. L. y otros, «Justicia Restaurativa y Mediación Penal. Análisis de una experiencia (2005-2008)», *Revista Estudios jurídicos*. ISSNe 1888-7740, 2008, p. 41.

⁶ Siendo claros exponentes de ello, *el Acta de Mediación*, que sólo recogerá los acuerdos que las partes hayan alcanzado, y sólo en el caso de que la mediación finalice de forma positiva con acuerdo se remitirá al juzgado, o el hecho de que el mediador no podrá ser llamado como testigo en un proceso judicial respecto la mediación en la que haya intervenido.

⁷ En este sentido apunta la Recomendación R (99) 19 del Consejo de Ministros de la UE, en el punto II- Principios generales, apartado 2, dice: «las discusiones en mediación son confidenciales y no deben ser usadas subsiguientemente, excepto con el consentimiento de las partes», y en el punto IV, aptdo. 14 dice que la participación en mediación «no debe usarse como una prueba o evidencia de admisión de culpabilidad en el subsiguiente proceso penal».

la no intromisión en los procesos restaurativos de ninguno de los agentes que después vayan a intervenir en el procedimiento judicial.

2.3. Neutralidad

La neutralidad reside en la figura del mediador, quien debe de actuar conforme a criterios de imparcialidad, para que las partes puedan intervenir en un plano de igualdad. Para ello, debe de contar con habilidades desarrolladas y estrategias de comunicación que le van a permitir sostener el proceso de forma equilibrada, sin privilegios hacia ninguna de las partes.

No se halla exenta de críticas la pretendida imparcialidad, ya que el mediador no puede dejar de estar involucrado como observador y participe del proceso, ahora bien, neutralidad no implica nula intervención por parte del mediador, como si de un moderador se tratase distribuyendo los turnos de palabras, puesto que el mediador debe de intervenir para reequilibrar fuerzas o compensar desequilibrios de poder que se manifiesten durante el proceso, sin que ello llegue a incidir en su objetividad⁸.

2.4. Universalidad

El principio de universalidad implica que la mediación puede ser aplicada en todos los delitos y a todos los tipos de delincuencia.

Este principio no está exento de controversias, ya que a priori, en relación con los delitos más graves, una parte importante de la doctrina apuesta por restringir la mediación a los delitos de menor gravedad (cuantías no superiores a cinco años de prisión), en equivalencia con la regulación del principio de oportunidad recogido en la legislación penal del menor. En otros casos se aboga por la no aplicación de restricciones en función de la gravedad, en conexión con la filosofía que inspira la mediación, en la que ningún hecho delictivo debe de ser excluido a priori, y en congruencia con los fines que se le atribuyen a la mediación como instrumento para la pacificación social. Ahora bien, en la práctica, se tienen en cuenta determinados criterios de aplicabilidad en función de algunos parámetros⁹, como la naturaleza del delito o la relación existente entre la víctima y el infractor¹⁰.

⁸ GORDILLO SANTANA, L. F., *ob. cit.*, p. 220.

⁹ En este sentido, MANZANARES SAMANIEGO, J.L., «Mediación, conciliación y reparación en el derecho penal», en ROMEO CASABONA, C. (dir.), Comares, Granada 2007, pp. 55-56. AGUILERA MORALES, M., «La mediación penal, ¿quimera o realidad?», en GARCILANDIA GONZALEZ, P.M. y SOLETO MUÑOZ, H. (dirs.) , *Sobre la mediación penal (posibilidades y límites en un entorno de Reforma del Proceso Penal Español)*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2012, pp. 340-341.

¹⁰ *Vid.* RIOS MARTIN, J.C, ETXEBARRIA ZARRABEITIA, X, PASCUAL RODRIGUEZ,

2.5. Gratuidad

Los procedimientos de justicia restaurativa, y en concreto el procedimiento de mediación debe de ser gratuito en coherencia con el carácter público del derecho penal.

2.6. Oficialidad

Este principio igualmente es controvertido, entendido en cuanto a los límites de la mediación y estrechamente relacionado con el principio de universalidad.

La oficialidad se cumple con la derivación por parte del juez¹¹, previo acuerdo, o a propuesta del Ministerio Fiscal o del abogado defensor. Es destacable, como a través de la figura del mediador podrían detectarse posibles desequilibrios insalvables con los que se podría fundamentar la exclusión o el abandono de la mediación.

2.7 Proporcionalidad

La idea de proporcionalidad conecta con la necesidad de evitar una desmedida utilización de sanciones que conlleven privación de libertad o restricciones a la misma¹². Por otro lado, y en coherencia con la filosofía de la Justicia Restaurativa, como instrumento de pacificación social, no caben acuerdos desproporcionados, mucho menos denigrantes que atenten contra los derechos de las personas

El principio de proporcionalidad en materia penal conecta con los principios constitucionales de libertad, dignidad de las personas y libre desarrollo de la personalidad, enlazado a su vez con los fines que se persiguen con la aplicación de las penas, de prevención general y especial, y en conjunción con el principio de intervención mínima.

La justicia restaurativa deberá contemplar el principio de proporcionalidad. Los cauces para garantizar la proporcionalidad en los acuerdos de reparación deberían partir de un adecuado marco legal, con la participación de mediadores cualificados, y la intervención del juez como control de garantías¹³.

E. y otros, en *La mediación penal y penitenciaria, experiencias de diálogo en el sistema penal para la reducción de la violencia y el sufrimiento humano*, Colex, 2012, pp. 97-98.

¹¹ Vid. RIOS MARTIN, J.C., MARTINEZ ESCAMILLA, M., SEGOVIA BERNABE y otros..., «Justicia Restaurativa y Mediación Penal. Análisis de una experiencia (2005-2008)», *Revista Estudios Jurídicos*. ISSN 1888-7740, nº 2008, p. 41.

¹² Vid. BARONA VILAR, S. en *Mediación penal, fundamento, fines y régimen jurídico*, Valencia, 2011, p.272

¹³ Cfr. LARRAURI PIJOAN, E., «Tendencias actuales de la justicia restauradora», *ob. cit.*, p. 453.

2.8. Complementariedad

El procedimiento de mediación penal, no tiene carácter alternativo al procedimiento penal sino complementario; ahora bien, ambos procesos, aun respetando su autonomía, deben estar perfectamente ensamblados para recomponer un nuevo modelo de justicia penal que integre la esencia de la justicia restaurativa, que es la reparación del daño a la víctima y a la comunidad, la asunción de responsabilidad y la reinserción del victimario, sin abandonar los principios y derechos rectores que presiden el proceso penal, que constituyen garantías para las partes.

La complementariedad de la mediación respecto del proceso judicial, tiene consecuencias en la aplicación de las penas a imponer, aminorándose, suspendiendo su aplicación o sustituyendo su contenido, de ahí que no estemos ante un cauce alternativo sino complementario¹⁴. Con la modificación del Código penal en 2015, en España la sustitución de las penas privativas de prisión quedan integradas en la suspensión de la pena, de tal manera, que sólo si cabe la suspensión, se puede acceder a la sustitución de la pena de prisión.

¹⁴ BARONA VILAR, S. en *Mediación penal. Fundamento, fines y régimen jurídico*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 270.

II

CONTENIDO MATERIAL DE LA MEDIACIÓN PENAL

1. EL RECONOCIMIENTO DE LOS HECHOS

El punto de partida que considero de obligada reflexión es si el reconocimiento de hechos debe de constituir un requisito o presupuesto para la mediación o no, y ello es de suprema importancia, en relación a la preservación del principio consagrado en nuestro ordenamiento jurídico de presunción de inocencia; de ahí se ha derivado toda una problemática puesta de manifiesto por la doctrina: en sentido positivo se pronuncia TAMARIT SUMALLA, que parte de un necesario reconocimiento de los hechos en consonancia con el sentido de la justicia restaurativa, que entiende no queda conculcado, si se garantiza la confidencialidad del proceso y la prohibición de que lo realizado en él pueda ser utilizado como material probatorio en el proceso judicial¹⁵; en sentido contrario apunta GONZALEZ CANO, donde la participación del imputado en un proceso mediador no implica asunción de autoría, por lo que no debe exigirse el reconocimiento previo de hechos ni como presupuesto para derivar el caso a mediación ni como contenido del acuerdo¹⁶.

El principio de presunción de inocencia puede salvarse si se cumplen los siguientes presupuestos:

1) *Que el victimario ha recibido una información exhaustiva sobre la justicia restaurativa.*

Si entendemos que los derechos del investigado quedan salvados desde las primeras fases policiales y judiciales con la lectura íntegra de los derechos fundamentales en el proceso judicial, el acceso a la información de los procesos restaurativos debe realizarse con la misma diligencia; dicha información deberá de ser ofrecida junto con la lectura de derechos del investigado en un proceso criminal, matizando que quedaría a criterio judicial y del fiscal la autorización o el consentimiento final para participar en dichos procesos, por ser dichas autoridades las competentes para derivar los casos a la justicia restaurativa.

¹⁵ Vid. TAMARIT SUMALLA J, en *La justicia restaurativa: desarrollo y aplicaciones*, Comares, Granada, 2012, p. 72.

¹⁶ Vid. GONZÁLEZ CANO, E., «Nuevas manifestaciones del principio de oportunidad en la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de menores», en *Revista del Tribunal de Justicia*, nº 7, 2000, p.39.

El propio Estatuto Jurídico de la víctima habla del derecho de las víctimas a recibir toda la información, incluidos los servicios de justicia restaurativa, y, por tanto, de igual modo debe de hacerse en relación al victimario, aunque no se halle previsto en ninguna ley; hasta el momento no disponemos de ninguna ley que regule la justicia restaurativa o la mediación penal, pero sí existen servicios de justicia restaurativa en determinadas circunscripciones territoriales.

2) *El derecho a la presunción de inocencia es un derecho y no una obligación.* Nuestro sistema de justicia tiene una amplia tradición en cuanto a las conformidades. Cuando el abogado defensor entra a negociar una posible conformidad con el fiscal y finalmente no se llega al acuerdo, podemos entender un cierto reconocimiento implícito, pero la sentencia judicial no puede motivarse en base a dicha circunstancia sino con la base del juicio sobre los hechos probados; de la misma manera el hecho de haber consentido una mediación no va a presuponer ningún juicio de culpabilidad, ya que la obligada motivación de la sentencia nunca podrá sustentarse en el indicio o la presunción de haberse intentado una mediación.

Por otra parte, de igual modo que ante una posible conformidad se informa al imputado de su implicación y consecuencia, de todas estas circunstancias debe quedar informado el sujeto infractor al que se ofrece una mediación, para la salvaguarda de sus derechos y en especial de su presunción de inocencia¹⁷.

A mi modo de ver, en ningún caso otorgar consentimiento para la participación en un proceso de mediación implica un reconocimiento previo de hechos, de ahí que no considero presupuesto necesario para derivar a mediación el reconocimiento de hechos por parte del sujeto infractor en sede procesal o preprocesal, puesto que si el punto de partida fuera este presupuesto, estaríamos vulnerando el derecho a la presunción de inocencia del imputado, con la imposibilidad de retorno al proceso judicial, toda vez que el proceso de mediación resultare frustrado; una vez iniciada la mediación y ya fuera del ámbito procesal, cuando el mediador es el garante de la legalidad y el conductor del proceso, considero presupuesto necesario el previo reconocimiento de hechos frente a la víctima, para continuar con un proceso que pueda acabar con una petición de disculpas, una conciliación o unos acuerdos de reparación.

Por todo ello, es necesario una regulación que delimite los casos que se deriven a mediación, el modo de proceder para quien compete esta tarea,

¹⁷ En este sentido, DEL MORAL GARCIA, en SÁEZ RODRIGUEZ (Coord.), *La mediación familiar. La mediación Penal y Penitenciaria. El estatuto del mediador. Un programa para su regulación*, 2008, pp. 389 y ss.

y la garantía de una adecuada separación entre el proceso restaurativo y el proceso judicial; la inexistencia de dicha regulación legal determina que, en la praxis, la derivación de los casos sea realizada en aquellos asuntos en los que no existen dudas acerca de la autoría¹⁸, porque el autor ha reconocido los hechos; este proceder deja fuera a muchos asuntos que pueden reconducirse a través de la justicia restaurativa, si bien es indispensable una buena capacitación del mediador, que se convierte en garante del proceso restaurativo y de los derechos de las personas mediadas.

Otras formas de garantía del principio de presunción de inocencia en relación con el reconocimiento de hechos vertidos en el proceso de mediación son: la prohibición de que el mediador no pueda ser citado como testigo, y que el juez no puede acceder al contenido de las sesiones de mediación, sólo al acta final ratificada por las partes en la que se recogen los acuerdos, si la mediación concluye de forma satisfactoria.

- **RECONOCIMIENTO DE HECHOS ILÍCITOS** •
- **PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA** •

El reconocimiento de los hechos no puede vulnerar el principio de presunción de inocencia, puesto que la mediación penal tiene un carácter voluntario. Se deben de preservar la posibilidad de retorno al proceso judicial en los casos en que el infractor, la víctima, ambos o por decisión del mediador, el procedimiento de mediación se suspenda o no llegue a ningún acuerdo.

2. LA CONCILIACIÓN

En primer lugar, hay que diferenciar la conciliación dentro de un procedimiento de mediación de la Conciliación como instituto propio, donde la autoridad para resolver la tiene un tercero; ejemplos de ello en el ordenamiento español serían la conciliación judicial como fase previa a la interposición de una demanda judicial, o la conciliación laboral con carácter obligatorio para la reclamación por despido. En el ámbito criminal, hay que significar que tiene un carácter residual: antes de la interposición de una querrela por injurias o calumnias contra los particulares.

La «idea de conciliación» implica un acuerdo entre sujetos que parten en principio de posturas diferentes y con posiciones o intereses enfrentados. Dicho acuerdo, no ha de suponer necesariamente una completa identificación personal con el contenido del mismo, ni tampoco que se recupere la relación anterior al conflicto, caso de que hubiere alguna.

¹⁸ Vid. MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., «La mediación penal en España: estado de la cuestión», en MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., *Justicia Restaurativa y mediación penal y penitenciaria: un renovado impulso*, Reus, Madrid, 2011

PÉREZ SANZBERRO¹⁹ distingue dos dimensiones del concepto en relación al significado de la conciliación autor-víctima:

- a) por un lado, la que hace referencia al resultado, el «*acuerdo*».
- b) y otra no menos importante, que es la que hace referencia al «*procedimiento*», que supone el protagonismo de las personas directamente implicadas en el delito, a través de un proceso de comunicación caracterizado por la horizontalidad y con la finalidad de contribuir a la pacificación de las relaciones sociales.

La conciliación va a suponer un consenso entre víctima y ofensor para reparar el daño, y puede consistir desde una petición de disculpas, la aceptación o perdón de la víctima o la reparación, y ésta a su vez, puede consistir en una compensación económica o una reparación simbólica.

3. LA RECONCILIACIÓN Y EL PERDÓN DEL OFENDIDO

Partimos de la base de que la reconciliación o el perdón no deben de ser entendidos como un objetivo esencial de un proceso restaurativo, ya que la víctima no puede sentirse compelida a que sea lo que se espera de ella como consecuencia de un procedimiento de mediación²⁰.

Por otra parte, la mediación no debe de ir orientada únicamente a la consecución del acuerdo, sino que más allá de ello, pueden llegar a facilitarse escenarios favorables en un futuro para que la reconciliación y el perdón puedan producirse de una forma espontánea, libre y exenta de coerciones formales ni connotaciones morales.

Me parece muy significativa la anotación de las reflexiones que realizó el magistrado de la Audiencia Nacional SÁEZ VALCÁRCEL, en remisión al escenario que propone JULIAN RÍOS referido a la Reconciliación y el Perdón para los delitos más graves:

que las personas fueran capaces de superar parte de su pasado, elaborar el duelo por los daños sufridos y perpetrados, de asumir sus responsabilidades y de encontrar un motivo que dé sentido a la vida y les permita seguir adelante.

¹⁹ PÉREZ SANZBERRO, G., en *Reparación y conciliación en el sistema penal ¿apertura de una nueva vía?*, Granada, 1999, p. 22.

²⁰ En este sentido, TAMARIT SUMALLA J., «La justicia restaurativa, concepto, principios, investigación y marco teórico», en TAMARIT SUMALLA J., *La justicia restaurativa: desarrollo y aplicaciones*. Ed. Comares. Granada. 2012, p. 44, expresa que ello obedece a una concepción mal entendida de la justicia restaurativa, y que algunas reticencias por parte de los defensores de la exclusión de la mediación en violencia de género, tienen que ver con el equívoco de que el proceso restaurador esté orientado a la reconciliación de la pareja. SÁEZ VALCÁRCEL, R., «Notas sobre justicia restaurativa y delitos graves dialogando a partir de reflexiones y su viabilidad», en MARTINEZ ESCAMILLA, M., *Justicia Restaurativa, mediación penal, y penitenciaría: un renovado impulso*, Ed. Reus, 2011, p. 182.

En relación a la relevancia que el perdón y la reconciliación tienen en nuestro ordenamiento, hay que señalar que el perdón del ofendido en nuestro Derecho penal tiene escasa trascendencia, y se halla únicamente vinculado a aquellos bienes jurídicos protegibles sobre los que el sujeto pasivo goza de una especial disponibilidad. El perdón sitúa en primer plano el interés de la víctima en la represión de estos delitos²¹.

El perdón se regula en el artículo 130.5 C.P, y sólo *extingue la responsabilidad criminal cuando se trate de delitos leves perseguibles a instancias del agraviado y cuando la ley así lo prevé*, a diferencia de la regulación anterior a 1995, que establecía como regla general la relevancia del perdón en los delitos semi-públicos; la ley lo dispone en el artículo 201.3 (descubrimiento y revelación de secretos), el art. 215.3 (injuria y calumnia), art. 267.3 (daños por imprudencia grave en cuantía superior a 80.000 euros).

Se recoge la excepción de delitos contra menores y de personas con discapacidad, donde el juez, oído el Ministerio Fiscal, podrá rechazar la eficacia del perdón otorgado por sus representantes, ordenando la continuación del procedimiento o el cumplimiento de la condena.

4. LA REPARACIÓN DEL DAÑO

En primer lugar, debemos diferenciar la mediación respecto de la reparación; así que se habla de justicia restaurativa o reparativa, pero la mediación no puede ser considerada como equivalente de reparación²², restitución o resarcimiento de la responsabilidad civil *ex delicto*, aunque se encuentre relacionada con estas figuras, ni siquiera cuando el concepto de reparación penal vaya más allá de la mera reparación civil; la mediación es el cauce, es el instrumento o la herramienta para alcanzar un acuerdo, que puede ser la reparación del daño.

La reparación en el contexto de la conciliación autor-víctima va más allá del concepto de reparación civil del daño; y se inspira en el reconocimiento positivo de la disposición del autor en la asunción de su responsabilidad

²¹ *Vid.* GRACIA MARTIN. L., BOLDOVA PASAMAR, M.A, y ALASTUEY DOBON, M.C., en *Lecciones de Consecuencias Jurídicas del delito*, Tirant lo Blanch. Valencia, 2004, p. 354.

²² El Tribunal Supremo, por su parte, viene señalando que la mera solicitud de mediación penal por parte del acusado ante la Subdirección General de Reparación y Ejecución Penal, no constituye la atenuante prevista en el art. 21.5 CP (ATS, Sala 2ª, Nº 1991/2009, de 7 de Septiembre, MP Francisco Monterde Ferrer), e incluso que la participación del recurrente en el programa voluntario de mediación penal, aun con resultado positivo, no implica efectiva reparación (STS, Sala 2ª, Nº 1006/2006, de 20 de Octubre, MP José Ramón Soriano Soriano).

ante la víctima y ante la sociedad²³; en este sentido la reparación del daño es aquel acuerdo que repara simbólicamente o materialmente a la víctima, permite reintegrar al infractor y restaurar a la comunidad afectada²⁴.

Existe un difícil encaje entre los acuerdos de reparación y la responsabilidad civil, ya que los acuerdos obtenidos en los procesos restauradores no excluyen la posibilidad de ejercitar las acciones civiles salvo que se hubieran renunciado²⁵.

Los acuerdos reparadores pueden ir desde la restitución del daño, la compensación económica o la reparación simbólica a la víctima, y en cualquier caso deben garantizar el principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales de las partes²⁶.

CONTENIDO DE LA MEDIACIÓN PENAL

- presupuesto necesario- RECONOCIMIENTO DE LOS HECHOS ÍCITOS por el infractor.
 - LA CONCILIACIÓN
 - ❖ intereses y necesidades

- No existe para la víctima la obligación de RECONCILIACIÓN o PERDÓN del ofendido.
 - La REPARACIÓN
 - ❖ La restitución
 - ❖ Reparación material (económica /moral)
 - ❖ Simbólica
 - ACUERDOS CONSTITUCIONALES
 - ❖ garantía del mediador
 - ❖ garantía judicial

²³ Cfr. PEREZ SANZBERRO, G, *Reparación y conciliación en el sistema penal ¿apertura de una nueva vía?*, Ed. Comares, Granada, 1999. p.20.

²⁴ Vid. LARRAURI, E., *Tendencias actuales de la Justicia Restauradora*, ob. cit., p. 447; Cfr: GARCIA PABLOS, A., *Criminología: Una introducción a los fundamentos teóricos*, ob. cit., p. 508, donde afirma la necesidad de dotar de medios a los programas reparadores desde el aparato estatal.

²⁵ Vid. GORDILLO SANTANA, L. F., *La mediación penal: caminando a un nuevo concepto de Justicia*. Tesis doctoral leída el 22 de septiembre de 2005, Universidad de La Rioja, Cap. 3.

²⁶ Vid. GIMENEZ SALINAS, I., COLOMER, E., «La mediación: una visión desde el derecho comparado», en ROSSNER, D y otros, *La mediación penal, Centro de Estudios jurídicos y Formación especializada de la Generalitat de Cataluña*, 1999, p. 94 y ss.

III

EL PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN. FASES PARA SU DESARROLLO

1. PRESUPUESTOS ESENCIALES DE PARTIDA DEL PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN

En este apartado abordaremos cómo se va a desarrollar un proceso de mediación.

He de aclarar, que hablamos indistintamente de proceso de mediación y de procedimiento de mediación, sin embargo hay un matiz de diferencia respecto de ambas denominaciones; «proceso», como asimilación a un proceso personal, en cuanto que arranca en el momento en el que las partes lo decidan, (habiéndose cumplidos los presupuestos necesarios), en tanto que les va a afectar tanto a nivel interno, en su relación mutua, y en el entorno de su comunidad; y lo llamo «procedimiento», como modelo que integra una herramienta de justicia, puesto que cuenta con una estructura determinada y con unos principios que lo definen, si bien goza de flexibilidad, para que el mediador pueda adaptarlo al caso concreto.

El procedimiento de mediación, cuenta con unos principios que lo definen, pero se ha de partir de unos presupuestos que lo configuran en nuestro sistema de justicia²⁷:

- 1) *Autonomía*. La autonomía implica que la mediación debe de llevarse a cabo de forma completamente separada e independiente al proceso judicial.
- 2) *Complementariedad* respecto del proceso penal. El hecho de su autonomía no le priva de su carácter complementario. Lo importante será en la praxis combinar los dos principios sin intromisiones o contaminación de un proceso sobre otro.
- 3) *Anomía*. El procedimiento de mediación penal no se halla regulado en ninguna norma, si bien la Ley 5/2012, que regula la mediación civil y mercantil, detalla cierta estructura y unas fases, lo cierto es que la propia norma excluye su aplicación en el ámbito penal. Ahora bien, a pesar de que el ámbito penal esté excluido, el pro-

²⁷ CGPJ, *Guía para la práctica de la mediación intrajudicial. Protocolo sobre mediación penal*, p. 93-129. PROGRAMA EUROsocial. *Mediación penal: marco conceptual y referentes. Guía conceptual para el diseño y ejecución de planes estratégicos nacionales de mejora y fortalecimiento de la mediación penal*.

cedimiento de mediación penal está regulado en protocolos, que cuentan con particularidades propias derivadas de la materia.

- 4) *Flexibilidad*. No cabe la aplicación taxativa de la ley. De ahí, que la justicia restaurativa case perfectamente con el principio de oportunidad, donde el Juez o el Fiscal valorará la posibilidad de derivación a mediación. Sin embargo, esta flexibilidad no significa arbitrariedad sin límites- *principio de oportunidad reglada*.

La Mediación en nuestro país, aun habiéndose desarrollado en la práctica totalidad de la geografía española, a través de experiencias piloto en sus orígenes, que más tarde en algunos casos se institucionalizaron, a través de fórmulas de diverso signo, lo cierto es que en la actualidad su aplicación es escasa, si la ponemos en parangón con muchos estados europeos. Una buena parte del problema obedece a la situación de anomia legal, que conlleva a que la decisión de su aplicación dependa del mayor o menor grado de simpatía que tengan los jueces y fiscales y del mayor o menor apoyo institucional que arrojen las administraciones competentes.

Esta situación de anomia, ha llevado en la práctica que, a la hora de implementar los resultados obtenidos de un procedimiento de mediación, dichos acuerdos tengan que hacerse depender de otros institutos jurídicos, que sí han sido objeto de regulación, como la Reparación, la Conformidad o la Confesión.

El procedimiento de mediación se divide en fases, pero la diversidad de formas y modos de llevar a cabo la mediación hace que dichas fases no deban ser configuradas como estadios rígidos, sino que la flexibilidad debe de servir como criterio inspirador que impere en todo el proceso; hay que advertir del riesgo de burocratización de la mediación; BARONA VILAR apunta a que la institucionalización ofrece garantías y seguridad, pero también advierte que un exceso de institucionalización, puede llevar a la automaticidad y rutinización del proceso²⁸.

2. FASES DEL PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN

Podemos sistematizar distintas fases en un procedimiento de mediación, teniéndose en cuenta que cada fase puede abarcar distintos momentos, y que de ningún modo este esquema sea el único válido posible, más al contrario, para cada caso el mediador deberá realizar su propio diseño; no obstante, a efectos pedagógicos el esquema del procedimiento o proceso puede seguir las siguientes fases:

²⁸ Vid. BARONA VILAR S., en *Mediación penal, fundamento, ob. cit.*, p. 371.

2.1. Fase de derivación a mediación

Esta fase corresponde iniciarla al juzgado, cuando el asunto pueda considerarse como «mediable», y no se halle prohibido por la ley. Se realiza a las partes la propuesta de poder optar a la justicia restaurativa, es decir: tiene un carácter absolutamente voluntario para las partes.

En cuanto a la forma procesal utilizada, no puede tratarse de un requerimiento sino de un acto o diligencia en la que se comunique la existencia y la posibilidad de realizar una mediación como complemento al proceso judicial ya iniciado.

La notificación a las partes no deberá realizarse de forma simultánea e inmediata, habrá que realizar un *juicio de idoneidad y oportunidad* que decline en su caso, la balanza hacia la justicia restaurativa, con base a criterios, que se habrán podido especificar en los protocolos que regulan estos procesos, (o en la ley en el caso que exista), pero que en definitiva se enmarcarán dentro de un criterio discrecional del juez o del fiscal, según la competencia atribuida a uno u otro. Ahora bien, las partes, por sí mismas, o a través de sus representantes legales pueden solicitar la derivación de un asunto a mediación, y en estos casos, el juez o el fiscal valorarán dicha conveniencia.

Una vez realizada la derivación desde el juzgado, las partes inmersas en un proceso penal, podrán asistir a una sesión informativa, que, en materia penal es rigurosamente voluntaria (véase el epígrafe I de este capítulo relativo a los principios de la mediación penal). Por lo cual, si la víctima o el victimario no consienten la mediación, el procedimiento no puede abrirse.

Hay que tener en cuenta que el orden de la sesión informativa no es baladí; en primer lugar, habrá que llevar a cabo una sesión individual informativa con el infractor, y sólo si se dan las condiciones idóneas, las referidas en el artículo 15 del Estatuto de la Víctima, y demás consideraciones a valorar por el mediador designado, el procedimiento de mediación continuará puesto que hay que evitar que en la víctima se generen falsas esperanzas que conduzcan a nuevas victimizaciones.

2.2. Fase de la sesión informativa

Esta es la fase de contacto de las partes con el mediador o el equipo de mediación, donde se les explicará en que consiste el proceso, cuáles son sus reglas, sus principios, su objeto y finalidades, además de las consecuencias que puede suponer para el proceso penal, con relación a cada parte, víctima e infractor (victimario).

La fase informativa se realizará por separado con cada una de las partes, y podrá realizarse en presencia de los abogados; es la fase donde el mediador recaba información de las partes. Estas informaciones también

pueden ir impregnadas de emociones y sentimientos, de ahí que esta fase es de gran importancia para la generación de un clima adecuado que favorezca el diálogo y la comunicación, ya que de ello va a depender esencialmente la continuidad del proceso.

Hay que diferenciar esta fase informativa incluida como fase del procedimiento de mediación, que quien la realiza es el mediador con cada una de las partes, por separado, de la información inicial que se les ha debido de procurar previamente en relación a la posibilidad de acceder a los servicios de justicia restaurativa, de conformidad con lo establecido en el Estatuto jurídico de la víctima del delito. Así pues, el derecho a la información acerca de la Justicia Restaurativa, está regulado en sus artículos 3 y 5, que recoge este derecho de información previa acerca de la Justicia Restaurativa y los servicios que estén disponibles. Esta información, deberá ejercitarse en condiciones de igualdad respecto a la persona infractora, cuya competencia deberá recaer en las instancias judiciales, por el funcionario competente designado que se le haya asignado el procedimiento o por alguien con competencia especial asignada a tales efectos, quienes deberán estar formados en mediación y MARC (Métodos alternativos de resolución de conflictos).

La entrevista con el mediador deberá constar de dos partes diferenciadas:

a) Relativa a la información del proceso de mediación

El mediador deberá facilitar toda la información relativa al proceso de mediación penal, los principios que lo conforman, sus reglas de actuación, y en especial, las consecuencias que puede tener el acuerdo de mediación en relación al momento procesal en que se encuentre el asunto, para que los participantes puedan entender la implicación y las consecuencias que puede tener el procedimiento de mediación en el proceso penal.

b) Recoger el consentimiento de las partes para iniciar la Mediación

Una vez que se comprueba por el mediador que las partes han comprendido todo ello, se considera necesario solicitar el consentimiento para continuar, solicitando el mediador la firma de un documento, *el acta de consentimiento informado*, que lo suscriben tanto las partes como el mediador, y que implica que tanto la víctima como el victimario consienten de forma voluntaria y libre a la participación en el proceso de mediación, así como en el deber de confidencialidad del mediador, no sólo por la obligación que le impone su deontología profesional, sino por la obligación legal derivada de las propias normas y principios que regulan la mediación.

El acta del consentimiento informado viene recogida en la Ley 5/2012, de 6 de Julio de mediación en asuntos civiles y mercantiles, y aunque expre-

samente la ley no es aplicable al ámbito penal, se estima conveniente la redacción de un acta de inicio donde se acredite que las partes han prestado el consentimiento para la participación en un proceso de justicia restaurativa y que se someten voluntariamente a los principios que regulan la mediación.

2.2.1. Presupuestos para la continuación del proceso

Antes de pasar a la siguiente fase han debido de producirse tres hechos esenciales para poder continuar con el procedimiento de mediación:

A. El reconocimiento de los hechos relevantes que constituyen el delito

En muchos casos sucederá, que, en las primeras diligencias realizadas en el juzgado, tengamos el reconocimiento de los hechos objeto de investigación por parte del ofensor, con lo cual la derivación del asunto a mediación contará con una mayor predisposición por parte del órgano encargado, como sabemos, juez o fiscal, según la competencia atribuida en el procedimiento penal correspondiente.

Sin embargo, puede ocurrir, que, a tenor de las circunstancias del caso, y/o las circunstancias personales de las partes, pueda estimarse conveniente la realización de una mediación, pero no se haya producido dicho reconocimiento de los hechos. En estos casos, tendrá que ser el mediador el que recabe dicho consentimiento expreso, constando acreditada por su parte, la información exhaustiva a cerca de la posibilidad de optar por la justicia restaurativa como sistema complementario al proceso penal. Sin éste requisito previo no se puede continuar con la mediación. En el caso de negativa a prestar el consentimiento, el mediador lo comunicará al juzgado encargado de la tramitación del asunto, para su conocimiento, y el proceso seguirá su curso, sin más dilaciones.

B. La asunción de responsabilidad

En relación a la asunción de responsabilidad, debemos decir, que el reconocimiento de los hechos conlleva normalmente a su vez la asunción de responsabilidad, salvo aquellos supuestos de exención de responsabilidad, regulados en el artículo 20 CP sobre los que tampoco cabría la apertura de un procedimiento de mediación, ni la imposición de una pena, sino de una medida de seguridad en su caso.

C. Interés de reparar el daño

El reconocimiento de los hechos conlleva la asunción de responsabilidad y ésta a su vez, debe de llevar implícito el interés de enmendar o reparar el daño.

La reparación del daño puede comprender diversas formas, desde la reparación material, restitución de la cosa o indemnización del perjuicio,

a la reparación simbólica, con la petición de disculpas, la promesa de no volver a delinquir, o la de realización de determinadas conductas, etc...

El mediador debe de apreciar un interés en reparar el daño causado a la víctima, y a la comunidad, en su caso; si no existe este interés, el proceso de mediación puede verse frustrado, y tal vez lo más conveniente sea ponerle fin en este momento.

Ahora bien, también puede ocurrir que el ofensor tenga verdadero interés en reparar pero la víctima no quiera ser reparada, en tal caso, igualmente, no tendrá sentido continuar con la mediación, sino la continuación del proceso judicial, donde la reparación operará de forma unilateral con el valor que proceda legalmente a efectos de determinación de la pena o de suspensión de la misma.

2.3. Fase de identificación del problema

En el proceso de mediación penal, esta fase puede yuxtaponerse con la anterior, de la sesión informativa, y en muchas ocasiones, el mediador habrá podido tomar la decisión de «*si el asunto es mediable*» y susceptible de continuar en mediación, pasando a las siguientes fases, o se debe de interrumpir, y evitar alentar a la víctima con falsas expectativas, que lo único que van a favorecer son nuevas victimizaciones.

Si la fase de la sesión informativa se ha culminado con éxito, en el sentido de la buena predisposición del victimario en cuanto a la asunción de su responsabilidad y la voluntad de reparar el daño causado, el mediador continuará con el proceso, para esclarecer y recabar información de las personas mediadas, quien cada uno por su parte, expondrá sus puntos de vista acerca del conflicto.

Las entrevistas se realizarán individuales, comenzando primero con el infractor, ya que si éste manifestara su deseo de no continuar con la mediación ya no tendría sentido contactar con la víctima, puesto que el procedimiento de mediación no podría realizarse sin la aquiescencia de las dos partes.

El mediador recopilará la información del relato de las partes, y para ello deberá contar con estrategias de comunicación, como la escucha activa, la capacidad de observación del lenguaje verbal y no verbal, el parafraseo, la reformulación en sentido positivo, el reconocimiento y la focalización de los puntos fuertes de la relación entre los mediados; es el momento de detectar por parte del mediador si la mediación resulta inviable o perjudicial para alguna de las partes, puesto que si esto ocurre quizá lo más conveniente fuera poner fin al procedimiento.

Como resultado de estas entrevistas, que se articularán en distintas sesiones, la persona mediadora ya puede llegar a entender las posiciones de las

partes, que conectan con las creencias y valores, para desde ahí profundizar en los intereses que conectan con las emociones, hasta llegar a comprender sus necesidades²⁹, que serán fundamentales para el éxito de la mediación.

2.4. Fase del encuentro dialogado

En esta fase se produce el encuentro entre la víctima y el infractor; dicho encuentro no constituye una negociación, sino un encuentro conciliador³⁰; el acuerdo final ha de ser presentado al juez, y por tanto la libertad de negociación de las partes está condicionada por el propio proceso penal.

En esta fase se identifican los puntos conflictivos, los de coincidencia y de divergencia, centrando los intereses más allá de las posiciones iniciales; es clave despersonalizar el conflicto, esto es, separar las personas del conflicto, para no reproducir el esquema estigmatizador del sistema penal en el tratamiento negativo y reductivo al delincuente.

El mediador establecerá las pautas del proceso de mediación, facilitando el camino para el diálogo, para el encuentro de una verdad común que ambos aceptan, y para que puedan expresar libremente sus sensaciones y sentimientos ante el otro; en este encuentro las dos partes han de ganar, y ésta es la clave de la imparcialidad y la neutralidad de la mediación³¹. De ahí que es muy importante la habilidad del mediador, que cuente con herramientas de comunicación: la escucha activa, el saber preguntar de forma adecuada, utilizando preguntas directas o estratégicas como las circulares o hipotéticas, reflexivas, o bien, la utilización de criterios objetivos, sin entrar en ideologías, condiciones culturales o religiosas; también el mediador puede solicitar a las partes que generen ideas para solucionar el conflicto adoptando una postura neutra e imparcial.

Debe de tenerse en cuenta que la fase de encuentro dialogado no es preceptiva en el proceso de mediación. En atención a las circunstancias del caso, y teniendo en cuenta la libertad de las partes para decidir si quieren un encuentro cara a cara, es posible la realización de un mediación indirecta, en la que la fase de encuentro dialogado no se abre, y el mediador actúa como canal para emisor y receptor de las propuestas de las partes.

²⁹ Como ejemplo gráfico lo encontramos en la «pirámide de los intereses de Acland, en RÍOS MARTÍN J.C. y otros, *La mediación penal y penitenciaria*, ob. cit., p.117.

³⁰ Vid. PASCUAL RODRÍGUEZ, E., «La mediación en el Derecho Penal de adultos en la fase de enjuiciamiento: un estudio sobre la experiencia piloto en los órganos jurisdiccionales», en SAEZ VALCÁRCEL, R y ORTUÑO MUÑOZ, P. (Dir.) *Alternativas a la judicialización de los conflictos: la mediación*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2007, p. 122.

³¹ OLALDE ATAREJOS, J.A., recoge la importancia de la formación del *mediador y del diseño del proceso de mediación por etapas*, en *Justicia Restaurativa y mediación en el ámbito penal*, Geuz, 2006.

2.5. Fase del acuerdo

Esta es la fase orientada a la búsqueda creativa de soluciones y evaluación por las partes, en la que finalmente se concretarán los acuerdos, que deberán ser proporcionados y deberán incluir los medios de reparación a la víctima, materiales o simbólicos.

La importancia de que sean las partes las que por sí mismas alcancen el acuerdo, puede matizarse con la intervención del mediador generando ideas, que puede abrir el abanico de opciones tendentes al acuerdo de reparación.

Los acuerdos de reparación se documentarán por escrito en el *acta de mediación* y ésta, será firmada por las partes con la asistencia de los abogados. En esta acta, que contendrá los acuerdos de reparación, el modo y la forma de llevarlos a cabo, y en general, se plasmarán los compromisos que se adquieran por consenso entre la víctima y el victimario, podrán y deberán ser asesorados por sus respectivos letrados.

3. SEGUIMIENTO O CUMPLIMIENTO DEL ACUERDO ALCANZADO EN EL PROCESO DE MEDIACIÓN

3.1. La función del mediador

En esta fase, el mediador realiza un breve informe, que se adjunta con el acta de acuerdos adoptados, y a partir de aquí el procedimiento de mediación se cierra, para implementarse el acuerdo obtenido en el proceso judicial.

3.2. La función de los juzgados y tribunales

La fase de seguimiento tiene naturaleza eminentemente procesal, puesto que la integración de los acuerdos en el proceso penal, conllevará el necesario control judicial de los acuerdos alcanzados en el procedimiento de mediación. Comparto la opinión de BARONA VILAR cuando entiende que la función del mediador en el ámbito penal acaba cuando finaliza el procedimiento de mediación, habiéndose alcanzado, en su caso, el acuerdo correspondiente³². Esta es otra de las diferencias con respecto a la mediación civil, que puede continuar, para controlar cumplimientos, facilitar nuevos acuerdos cuando las circunstancias del caso se modifiquen, etc.

El cumplimiento o incumplimiento de los acuerdos alcanzados tendrá las consecuencias previstas en el ordenamiento, sobre la atenuación de la pena, su suspensión, o de la revocación en su caso, de la concesión de la condena condicional, etc.

³² Vid. BARONA VILAR, S., *Mediación penal, fundamento, fines*, ob. cit., p.381.

IV

LA MEDIACIÓN EN LAS DISTINTAS FASES DEL PROCESO PENAL

La Justicia Restaurativa en el marco del proceso penal debe ser articulada a través de criterios de oportunidad, - *principio de oportunidad*, en cualquiera de las fases del proceso penal: Fase de Instrucción, Fase de Enjuiciamiento y Fase de Ejecución.

No existe una regulación del principio de oportunidad que conlleve la aplicación de la Justicia Restaurativa o la Mediación, como tampoco existe una prohibición, sino una escueta pero explícita regulación de las consecuencias del cumplimiento del acuerdo de mediación en los artículos 80.3 y 84.1 de Código Penal, junto con la potestad de acceso a los servicios de justicia restaurativa regulada en el Estatuto jurídico de la víctima del delito.

La reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial por LO 7/2015 que atribuye expresamente a los Letrados de la Administración de justicia competencias en materia de mediación en el Artículo 456.6 LOPJ, y en virtud del artículo. 477.1. j) LOPJ la realización de actividades de apoyo a la justicia restaurativa y de solución extraprocesal, nos hace pensar en una relativa apuesta del legislador hacia un concepto restaurativo de justicia, que permite el desarrollo de la mediación en las distintas fases del proceso penal, incluso una vez ya dictada la sentencia y ejecutándose su cumplimiento en prisión.

1. LA MEDIACIÓN EN LA FASE DE INSTRUCCIÓN

El procedimiento de mediación puede realizarse durante toda la fase de instrucción, una vez iniciado el proceso y hasta la apertura del juicio oral.

El proceso judicial y el proceso de mediación deben de realizarse en paralelo. La investigación judicial no debe abandonarse por haberse iniciado una mediación, ya que la mediación no va a actuar como alternativa al proceso sino como complemento del mismo. Si el proceso tiene el objeto de determinar las circunstancias que son constitutivas de delito, la imputación de responsabilidad en su caso del investigado y la aplicación de la consecuencia jurídica prevista en la norma, por su parte el proceso de mediación, tiene como principal objeto, ayudar a las partes a resolver el conflicto desde la perspectiva de la cooperación, el consenso y la reparación del daño, ofreciendo un desenlace pactado que satisfaga a ambas partes, y que por otro lado tendrá sus consecuencias para el proceso penal, de ahí, su carácter complementario.

El acuerdo de mediación con la reparación del daño tiene su concreción en la aplicación de la *atenuante de reparación*³³ prevista en el artículo 21.5^a CP, con la amplitud que el órgano judicial estime, simple o muy cualificada, teniendo en consideración las circunstancias que concurran en el desarrollo del proceso de mediación y en la adopción de los acuerdos.

El procedimiento a seguir para la implementación del acuerdo de mediación es a través del instituto de la *Conformidad*, ya que no existe hasta el momento ninguna otra fórmula prevista legalmente. Mediante la Conformidad, con el convenio de todas las partes personadas: del fiscal, la acusación particular en su caso, y la defensa; se va a gestionar el acta de reparación que incorpora los acuerdos alcanzados, y va a ser ratificado a presencia judicial. El pacto puede ser concretado en un escrito conjunto y firmado por todas las partes personadas, o simplemente a través de un escrito de conformidad donde el fiscal incorpora los acuerdos alcanzados en la mediación, y a presencia judicial, en el acto de la vista, son ratificados por las partes.

1.1. La implementación de la Mediación en los distintos procedimientos judiciales

1.1.1. La mediación en el procedimiento abreviado

El procedimiento abreviado es el procedimiento judicial que mejor favorece la aplicación de la mediación y, por ende, los procesos restaurativos, en tanto que el encaje de los plazos en que se realiza la instrucción e investigación de los hechos, permite disponer del tiempo suficiente para realizarlo, y siempre con las debidas garantías de autonomía e independencia de cada uno de los procesos.

La derivación a mediación en el procedimiento abreviado podría realizarse por el Juez de Instrucción hasta la fase de apertura del juicio oral. El procedimiento de mediación puede ser realizado aprovechando el plazo judicial hasta el señalamiento del juicio oral, si bien la implementación del acuerdo procedería a realizarse en la fase de enjuiciamiento ante el juez de lo penal.

1.1.2. La mediación en el procedimiento sumario

Las consecuencias de una condena de conformidad, supondrá la aplicación de la atenuante de reparación del daño, no siendo excluyente la inclusión en el acuerdo de otras atenuantes recogidas en el Código penal si concurriesen.

En caso de acuerdo se dará traslado de los escritos de calificación pudiendo manifestarse la conformidad con la pena más grave; el Tribunal,

³³ *Vid.* Sentencia del TS de 29 de enero de 2008, en la que se recoge la admisibilidad de la reparación material, moral y simbólica, y se califica como muy cualificada, cuando con la indemnización se pide el perdón.

previa ratificación del procesado, podrá dictar sentencia de conformidad a tenor del artículo 655 LECrim.

1.1.3. La mediación en el procedimiento especial de enjuiciamiento rápido

Cuando se trate de delitos señalados con penas inferiores a cinco años, la incoación del proceso se realice mediante atestado policial y se haya detenido a una persona y puesta a disposición judicial, siempre que se trate de delitos flagrantes y de las tipologías delictivas señaladas en el artículo 795.2, una vez oídas las partes personadas, si el juez considera suficientes las diligencias practicadas procederá a transformar las diligencias en *diligencias urgentes*, y acordar su tramitación mediante juicio rápido. En los casos en los que exista conformidad del acusado con la acusación formulada por el fiscal y la pena solicitada, el juicio finalizará con una sentencia de conformidad.

La posibilidad de introducir la mediación en estos casos, podría realizarse siempre y cuando el Fiscal conceda la posibilidad a las partes de realizar una mediación con la posibilidad de la obtención de un acuerdo de reparación que comportaría una atenuación de la pena propuesta por el Fiscal y que debería ser aprobada por el Juez instructor. En tal caso, cabría la posibilidad de reducción de la pena conforme a un tercio por la aplicación de la conformidad con la pena solicitada por el Fiscal y a su vez otra atenuación al poder aplicarse la atenuante de reparación del daño.

La consecuencia, si todo culmina con éxito, es que las partes habrán alcanzado un acuerdo de mediación dentro del encaje de unas diligencias urgentes desarrolladas en el juzgado de guardia, con la obtención de una *sentencia de conformidad*, la cual podrá contener también las circunstancias de su ejecución, con la posibilidad de obtenerse una suspensión de la pena a los efectos del artículo 84.1 CP y con el compromiso del acusado de satisfacer las responsabilidades civiles en el plazo prudencial que el juzgado de guardia determine, a tenor de las circunstancias previstas en la ley y las del caso concreto.

1.1.4. La mediación en el procedimiento por delito leve

Para el caso de los delitos leves³⁴, por la aplicación del *principio de oportunidad atribuido al ministerio fiscal* cabría solicitar al juez de instrucción el

³⁴ RIOS MARTIN, J.C., en *Justicia Restaurativa y transicional en España y Chile...*, ob. cit., p.19. Para SUBIJANA, PORRES Y SANCHEZ, en los delitos leves, en atención al procedimiento de enjuiciamiento inmediato – Art. 962.1 LECrim. o rápido – artículo 964.1 LECrim– en el servicio de guardia, no existe margen temporal para la habilitación del espacio de comunicación que la mediación requiere, en este sentido SUBIJANA ZUNZUNEGI, I.J, PORRES GARCÍA I. y SANCHEZ RECIO, M., «El modelo de justicia restaurativa: una propuesta de aplicación tras la entrada en vigor de la Ley 4/2015 del estatuto de la víctima del delito», *Revista de Victimología*. Online ISSN 2385-779X www.revistadevictimologia.com.

archivo de las actuaciones en los casos de haberse alcanzado un acuerdo.

A) *Supuestos del artículo 962 LECrim.*

La reforma de la LO 13/2015 del Código penal introdujo el *enjuiciamiento inmediato* para los delitos de carácter leve.

Para los delitos leves comprendidos en el artículo 962 LECrim, la ley otorga facultades a la policía judicial para realizar las citaciones a los ofendidos y perjudicados, al denunciante, y a los testigos en su caso. Dichas citaciones se realizarán con el apercibimiento de que podrá realizarse el juicio de forma inmediata en el Juzgado de Guardia, incluso aunque no comparezcan si el juzgado considerase innecesaria su presencia.
- *enjuiciamiento inmediato.*

Los delitos leves incluidos en el artículo 962 LECrim son los siguientes: delito leve de lesiones o maltrato de obra, hurto flagrante, amenazas, coacciones e injurias.

Hasta aquí debemos resaltar las facultades de la policía judicial que realizarán las citaciones ante el juzgado de guardia, y, en consecuencia, para poder realizarse una mediación tanto el denunciante como el denunciado *deberían de ser informados de la posibilidad de optar a la mediación en la correspondiente citación a cargo de la Policía Judicial* o de lo contrario las partes no tendrían acceso a la información relativa a los servicios de justicia restaurativa, ya que una vez personados en el juzgado, la tramitación va a realizarse de forma inmediata.

El artículo 963 LECrim habla de la potestad del juez de *archivo por motivos de oportunidad* a solicitud del Ministerio Fiscal, en relación con la escasa gravedad del asunto y la falta de interés público en la persecución, que produciría el sobreesimiento y archivo de la causa, lo que nos pone de manifiesto la intención del legislador de evitar la celebración de juicios por causas de escasa gravedad y trascendencia pública.

Ahora bien, si el juez acuerda la celebración del juicio, éste podrá realizarse:

- *de forma inmediata si cuenta con elementos suficientes de juicio.*
En estos casos, la mediación resultaría complicada, por no decir imposible, salvo que las partes en los instantes anteriores a la celebración de la vista, hubieran alcanzado un acuerdo, a través de una *mediación exprés.*

- *señalar otro día para su celebración.* Si bien el artículo no lo dice expresamente, en aquellos casos que el juez no cuente con la comparecencia de las personas necesarias o la imposible práctica de algún medio de prueba que resulte imprescindible, habrá que se-

ñalarse otro día para su celebración. En estos casos, cabría la posibilidad de realizarse una mediación con carácter previo a la vista, si bien ésta debería de ser realizada de forma muy rápida comunicando el acuerdo en el momento anterior a la celebración de la misma.

– Las partes podrían solicitar que el juicio no se celebre de forma inmediata para realizar una mediación, y juez y fiscal se pronunciarán acerca de su idoneidad, pudiendo abrir un breve plazo al efecto, pese a no estar contemplado en la norma.

B) Supuestos del artículo 964 LECrim

Regula aquellos supuestos de delitos leves no contemplados en el artículo 962 LECrim, donde la policía judicial formará de manera inmediata el atestado que remitirá al juzgado de guardia, que salvo que el juez acuerde el archivo por motivos de oportunidad, atendiendo a la muy escasa gravedad de los hechos y a la falta de interés público en la persecución de los hechos, se procederá a la celebración del juicio ante el juzgado de guardia. En estos casos la mediación podrá introducirse en las mismas condiciones expuestas para el caso anterior del artículo 962 LECrim. Si no fuere posible la celebración del juicio durante el servicio de guardia podrá habilitarse un día para la celebración de la vista dentro de un *plazo no superior a siete días*.

El juzgado puede habilitar espacios y tiempos para facilitar la mediación, con el consentimiento de las partes; podrá facilitar un proceso de mediación dentro de los plazos legalmente establecidos, y a fin de impedir la prescripción, fijará el señalamiento atendiendo a las necesidades temporales del proceso de mediación. Para ello podrá solicitar informe al equipo de mediación sobre el desarrollo del proceso (reuniones iniciadas o no, opinión sobre la duración prevista...)

1.1.5. La mediación en el proceso por aceptación de decreto

En el proceso por aceptación de decreto regulado en los artículos 803 bis a y ss., contemplado para supuestos de infracciones con penas inferiores al año, delitos castigados con multa o trabajos en beneficio de la comunidad, siempre que no esté personada acusación popular ni particular en la causa, permitiría que *el Fiscal, con la aquiescencia del juez, pueda realizar mediante un decreto una propuesta de imposición de una pena*.

La proposición de la pena, en concreto por el Fiscal, puede consistir en multa, trabajos en beneficio de la comunidad, o en su caso, la privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores, reducida hasta un tercio respecto a la pena legalmente prevista, incluida la acción civil para obtener la restitución de la cosa o la indemnización del perjuicio.

El encausado podrá aceptar la propuesta con la asistencia de letrado, o podrá rechazarla. Si la propuesta es aceptada por el encausado el juez convertirá la proposición de decreto en sentencia condenatoria (art. 803 bis f).

Dentro de este artículo parece que podría tener cabida la mediación y que la misma deberá ser autorizada por el Ministerio Fiscal, ya que a él compete la realización de la propuesta por aceptación de decreto. Una vez obtenido el acuerdo, podría introducirse el mismo en el decreto del Fiscal con la conformidad del juez, y únicamente deberá de ratificarse subsiguientemente por el encausado.

Sin embargo, de acuerdo con la formulación literal del Título III bis, que contempla estos supuestos, en los que no existe personación en la causa de la acusación particular, parece que la intención del legislador sea exclusivamente conceder celeridad al proceso en atención a la escasa gravedad y a la falta de interés público ni particular en su persecución; de ahí, que la mediación tenga un difícil encaje, porque podría dilatar el procedimiento, sin conseguir los beneficios añadidos que se pueden obtener con la realización de un buen proceso mediador; por otra parte, lo que persigue este artículo es procurar la celeridad del proceso y la promoción de sanciones alternativas, para supuestos de escasa gravedad, y ello se deduce del tenor gramatical de su propia redacción.

En consecuencia, para estos casos de retringida tramitación, encaja mucho mejor una conformidad pactada entre el Fiscal y las partes a través de una negociación con la Defensa que intentar forzar un proceso de mediación, con todo lo que conlleva respecto a tiempo y medios, lo cual no compensa si tenemos en cuenta la escasa gravedad de los hechos delictivos.

2. LA MEDIACIÓN EN LA FASE DE ENJUICIAMIENTO

En esta fase, la mediación se inicia cuando los autos se encuentran a disposición del órgano judicial competente para su enjuiciamiento³⁵, de conformidad con el artículo 785 LECrim., y puede realizarse hasta el momento antes de dictar sentencia.

El acuerdo de mediación puede ser implementado del mismo modo que la Conformidad, antes de que el juez haya dictado el fallo, aunque operativamente la mayoría de las conformidades se alcanzan justo antes de llevarse a cabo la vista; en estos casos, la vista sólo va a consistir en el

³⁵ PASCUAL RODRIGUEZ, E., «La mediación en el Derecho Penal de adultos en la fase de enjuiciamiento: un estudio sobre la experiencia piloto en los órganos jurisdiccionales», en SAEZ VALCARCEL, R. y ORTUÑO MUÑOZ, P. (Dir.), *Alternativas a la judicialización de los conflictos: la mediación*, Madrid, CGPJ, 2007, pp. 107-137.

reconocimiento de los hechos y en la ratificación de la pena propuesta por el fiscal, que previamente ha sido negociada con la defensa.

La derivación al igual que en la fase anterior, se realiza a propuesta del órgano judicial, o del fiscal en su caso, o de la víctima y del encausado, en los delitos perseguibles a instancias de la persona agraviada, pero en todo caso previa la aceptación judicial, siendo la oficina judicial, la encargada de realizar la derivación del asunto a mediación.

El proceso para la implementación del acuerdo sería idéntico a la fase anterior de investigación. En el acto de juicio y ante el tribunal sentenciador, se dictaría en su caso, sentencia de conformidad con la imposición de la pena, pudiéndose determinar ya la procedencia o no de la aplicación de la suspensión de la misma, con o sin adopción de otras penas alternativas o medidas complementarias.

2.1. La mediación en el procedimiento abreviado

El trámite se realizaría a través de la Conformidad pactada por la Defensa con el Fiscal y en su caso con las acusaciones particulares personadas, que, verificado por el Juez de lo Penal, dictaría la sentencia de conformidad.

2.2. La mediación en el procedimiento de enjuiciamiento rápido

Habiéndose producido por parte del investigado a través de su asistencia letrada disconformidad con la acusación solicitada por el Fiscal, al igual que en el caso anterior, y con carácter previo a la vista, cabría reconducir el procedimiento a mediación, siempre que las partes lo hubieran solicitado y el juez hubiera autorizado dicha mediación.

Finalizada la mediación con acuerdo se procedería en iguales términos que para el procedimiento abreviado, pudiendo obtenerse una sentencia de conformidad con el acuerdo de todas las partes y del juez.

Ahora bien, la mediación en esta fase no es muy común en la práctica, dada la premura de los plazos, y que de haber sido posible una mediación, la misma se habría propuesto y acordado en la fase de instrucción.

2.3. La mediación en el procedimiento sumario

Las posibilidades de incluir el acta de reparación en el procedimiento sumario se circunscriben a la fase intermedia (artículo 633 en relación con el 649 y 655 de la LECrim), en la que las partes fijan las posiciones con la que pretenden iniciar el juicio, y al acto de juicio oral (artículo 688 de la LECrim). En ambos momentos procesales las partes, a través de un escrito conjunto o de cualquier otra manera igualmente idónea, podrán proponer una conformidad³⁶.

³⁶ SUBIJANA ZUNZUNEGI, I.J, PORRES GARCÍA I. y SANCHEZ RECIO, M., «El

3. LA MEDIACIÓN EN LA FASE DE EJECUCIÓN DE SENTENCIA

3.1. Suspensión de la pena

A) *Ordinaria*. El artículo 80 y ss., contempla la suspensión de las penas de *hasta dos años de prisión* atendiendo a distintas circunstancias, en particular «*el esfuerzo por reparar el daño causado*», determinando las condiciones en el apartado 2, que son las siguientes:

- 1) Que el condenado haya delinquido por primera vez.
- 2) Que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles o bien asumido su compromiso.

Por aplicación del artículo 84.1 CP la suspensión de la ejecución de la pena puede producirse por el cumplimiento del acuerdo alcanzado por las partes en virtud de la mediación.

La concreción que realiza la ley para referirse al esfuerzo en reparar el daño del victimario, se trata de un requisito subjetivo en cuanto al reo, y no tanto de un requisito carácter objetivo que se materialice en un resultado concreto, de ahí que la valoración del juez no es tanto de la propia reparación como del esfuerzo del victimario en reparar a la víctima³⁷.

B) *Suspensión extraordinaria*. De forma excepcional el artículo 80.3, para delincuentes no primarios, siempre que no sean reos habituales, extiende la posibilidad de suspensión de la pena privativa inferior a dos años, «*individualmente considerada*», a los casos de haberse cumplido el acuerdo de mediación. Por tanto, podemos concluir que el legislador otorga un plus de confianza al acuerdo obtenido por las partes en virtud de un proceso de mediación.

C) Suspensión de la pena para personas que han *cometido delito por adicción a algunas sustancias del artículo 20.2 CP*, recogida en el artículo 80.5 CP, en los supuestos de gravedad del delito, la mediación entre la víctima y la persona infractora puede servir al órgano jurisdiccional como valoración positiva a los efectos de determinar la voluntad de reparar el daño y abandonar la adicción a sustancias tóxicas, en los casos de que guarde relación con el delito cometido³⁸.

modelo de justicia restaurativa: una propuesta de aplicación tras la entrada en vigor de la Ley 4/2015 del estatuto de la víctima del delito», *ob. cit.*, p. 20.

³⁷ *Vid.* TAMARIT SUMALLA, J.M., en *La víctima del Derecho Penal*, Aranzadi, Pamplona, 1998, p. 210 y ss.

³⁸ RIOS MARTIN, J.C., en *Justicia Restaurativa y transicional en España y Chile...*, *ob. cit.*, p.19.

D) *Suspensión durante la tramitación del indulto.* (art. 4.4 CP.) En estos casos la mediación puede servir como valoración positiva para la eventual concesión del indulto. El último párrafo del mencionado artículo posibilita la suspensión de la pena, cuando de ser ejecutada la misma, la finalidad pudiera resultar ilusoria. En este punto la mediación podría ser utilizada para obtener un acuerdo de reparación, que favoreciera la concesión del indulto.

3.2. La justicia restaurativa en la prisión

Cuando hablamos justicia restaurativa en el ámbito penitenciario debemos diferenciar muy bien dos ámbitos de actuación muy diferentes³⁹.

3.2.1. Mediación con las víctimas

La mediación con las víctimas conlleva la incorporación de los servicios de Justicia restaurativa al ámbito penitenciario, y por tanto su alcance a las personas presas, que podrán participar en procesos restaurativos con las víctimas, toda vez cumplidos los requisitos y condiciones que se determinen.

Indudable resulta toda la complejidad que conlleva la posibilidad de trasladar la mediación o cualquier otro proceso restaurativo a los Centros penitenciarios, pero ello conllevaría ventajas no sólo para el recluso sino también para las víctimas, que podrían encontrar una respuesta más rápida y satisfactoria a sus intereses y necesidades, de reparación material o simbólica, o intereses de otro tipo, como los de superación de la victimización por el hecho delictivo, encontrar respuestas a preguntas que sólo su victimario puede responder, empoderamiento, etc.

Las consecuencias para los internos, con respecto al tratamiento y la clasificación, podrían ser las siguientes⁴⁰:

³⁹ La mediación penitenciaria puede ser entendida como mediación comunitaria entre los presos o mediación con las víctimas, esta distinción es abordada por la profesora BARONA, haciendo mención a dos ámbitos de relevancia, uno interno y otro externo, en BARONA VILAR, S. en *La mediación penal, fundamento, fines y régimen jurídico*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 338.

⁴⁰ La propuesta de JULIÁN RÍOS a la redacción de la LOPJ: «Si durante la ejecución de la pena de prisión, el condenado manifestara su voluntad de conciliarse con la víctima o el perjudicado, la junta de tratamiento informará al Juzgado o Tribunal Sentenciador para que haga llegar la petición a las partes interesadas. En su caso se informará de la evolución del proceso mediador, de los acuerdos adoptados y del cumplimiento de los mismos. La mediación se realizará en el centro penitenciario, sin perjuicio de las salidas que para dicha finalidad se pudieran autorizar legalmente», abre la posibilidad de abrir la mediación a las personas presas en los Centros Penitenciarios, más allá de la mediación entre internos que promueve una mejora de la convivencia, en RÍOS MARTÍN, J.C., *ob. cit.*, p. 20.

A) *Variable a tener en cuenta para la clasificación inicial en régimen abierto, o de tercer grado penitenciario; así como para la progresión en grado, considerando la actitud de la persona penada tendente a la restitución de lo sustraído, la reparación del daño o la indemnización de los daños y perjuicios, materiales y morales.*

B) *Variable a tener en cuenta para la concesión de permisos penitenciarios.* La asunción de responsabilidad y la conducta tendente a reparar el daño se considera como un indicador de evolución en el tratamiento del interno.

C) *Variable para la no imposición del período de seguridad-* art. 36.2 CP- en los casos de personas condenadas a penas superiores a cinco años. La mediación con la víctima puede considerarse como circunstancia favorable en la reinserción que el Juez de Vigilancia penitenciaria podría valorar a efectos de aplicar el régimen general de cumplimiento.

D) *Valoración para la concesión de la libertad condicional,* puesto que el acuerdo de reparación puede ser considerado como una manifestación de buena conducta y promover por otro lado, un pronóstico favorable de reinserción social.

E) *Valoración para la aplicación de la libertad condicional anticipada,* del artículo 91.2 CP, que contempla el adelanto de noventa días en el cómputo de la libertad condicional por cada año cumplido en prisión, siempre que se participe en programas de reparación del daño.

3.2.2. Mediación penitenciaria: mejorar la convivencia «intramuros»

La llamada propiamente y más conocida como mediación penitenciaria, se refiere a una forma alternativa de solución de conflictos llevada a cabo en los Centros Penitenciarios, dentro del *marco del régimen disciplinario sancionador*, como forma de resolución de los conflictos carcelarios derivados de la convivencia en prisión, con la introducción de mecanismos pacificadores, reduciendo la violencia dentro del ámbito penitenciario a través del diálogo, el respeto y la tolerancia, y como una fórmula de prevención de nuevos conflictos⁴¹.

⁴¹ Se ha desarrollado en distintos centros penitenciarios (Daroca, Madrid III, Madrid II, Madrid VI, Madrid IV, Málaga, Murcia) *Vid.* Asociación de Mediación y pacificación de conflictos. *Memoria de Mediación penitenciaria 2014.* www.mediaciónypacificación.es. En Zaragoza, a través de la Asociación ¿Hablamos? en el Centro penitenciario de Zuera.

V

LA MEDIACIÓN PREVIA AL PROCESO (*MEDIACIÓN EXTRAJUDICIAL*): LA MEDIACIÓN EN LA PREVENCIÓN DEL DELITO

Si hablamos de mediación *extrajudicial*, estamos sustrayendo del ámbito penal a la mediación, ya que, desde las posturas que defendemos, y desde la realidad actual de nuestro Derecho, la mediación penal no puede quedar al margen del proceso; bien es cierto que la mediación *extrajudicial*, puede abordar problemas o conflictos de todo tipo, susceptibles desembocar en ilícitos penales, que una vez hayan sido denunciados e instruidos, ya con la categoría de delitos, el ámbito de intervención de la mediación o de la justicia restaurativa va a ser el ámbito penal (*Mediación Intrajudicial*).

En el ámbito de la prevención del delito, queda mucho camino por recorrer, a través de la implicación de la comunidad en la resolución de los problemas, con tendencia a la desjudicialización de muchos conflictos, que pueden ser abordados desde estructuras comunitarias con el apoyo de la administración local, las juntas vecinales de barrio y las asociaciones del Tercer Sector.

En concreto, la Mediación y la Justicia Restaurativa en la prevención del delito, puede abordarse desde tres ámbitos fundamentales:

1. LA MEDIACIÓN COMUNITARIA

La mediación comunitaria supone la implicación de la comunidad en la prevención y la gestión de sus conflictos, a través del compromiso de los vecinos y de las partes en contienda para buscar soluciones constructivas y participadas, que implican un modelo de prevención y gestión eficaz para hacer frente a la prevención del delito y, de modo especial en la reincidencia⁴².

En Aragón, la mediación comunitaria se imbrica fundamentalmente en espacios de multiculturalidad, zonas degradadas con población en riesgo de exclusión social, o zonas con conflictos emergentes de variada tipología,

⁴² Vid. KARP, D. y CLEAR, «Justicia comunitaria: marco conceptual», en *Justicia Penal Siglo XXI. Una selección de Criminal Justice*, 2006, p. 242. MUÑOZ HERNÁN, Yolanda y RAMOS PÉREZ, M^a Eugenia, «Los conflictos. Claves para su comprensión». *Gizateka* documento nº 3, Bilbao, 2010.

que denotan una necesidad de intervención específica a través del ámbito comunitario, apoyado mayoritariamente por fórmulas de gestión público-privada, o a través de ONG'S, con o sin apoyo institucional.

2. LA MEDIACIÓN POLICIAL

La mediación policial no se halla exenta de dificultades partiendo del concepto y caracteres determinantes de la justicia restaurativa, véase la imparcialidad, la neutralidad, y la misma voluntariedad, en la medida en que el agente de policía no puede desprenderse de su rol de autoridad pública, con facultades de colaboración e investigación en los hechos, potencialmente calificables como ilícitos penales

La mediación policial está muy extendida en Inglaterra y EEUU, pero la configuración de dicha institución no es extrapolable a nuestro contexto policial. Por tanto, no cabe un modelo policial de mediación que resuelva conflictos susceptibles de ser calificados de delitos, puesto que en tales casos se podrían producir vulneraciones de los derechos y garantías del victimario, consagradas en nuestra Constitución. Comparto la opinión de REDORTA⁴³, en el sentido de que la mediación policial, desde una óptica comunitaria y de servicio público, puede ser vista como una forma específica de mediar en los conflictos que surjan en la comunidad, pudiendo contribuir en la cooperación amistosa de los conflictos, así como en su derivación a servicios comunitarios específicos, que permitan intervenciones cualificadas y específicas a tenor de los casos concretos.

En todo caso la mediación policial va asociada a un concepto de *policía de proximidad*, de apoyo al ciudadano, con competencias y habilidades adquiridas mediante una formación adecuada y específica, que les permita, atender y evitar, en muchos casos situaciones conflictivas que, de no ser intervenidas podrían derivar en ilícitos penales⁴⁴.

Las expectativas de una policía de proximidad⁴⁵ se pueden concretar en las siguientes:

⁴³ Vid. REDORTA LORENTE, J., «Aspectos críticos para implantar la mediación en contextos de policía», 2004.

⁴⁴ La UMED (Unidad de Mediación de la policía local de Zaragoza es un ejemplo de este concepto de de mediación para la prevención del delito en conflictos de base comunitaria <https://www.zaragoza.es/sede/servicio/tramite/32520>

⁴⁵ GREEN, J.R., «La policía de proximidad en Estados Unidos: cambios de naturaleza, estructura y funciones de la policía», en BARBERET, R y BARQUIN, J. *Justicia Penal Siglo XXI*, National Institute of Justice, Granda, 2006, p.361-364.

- El incremento de la capacidad de las comunidades de prevenir el delito y el desorden social.
- La creación de una relación más armoniosa y colaborativa entre policía y ciudadanos con una reestructuración del servicio policial conectándolo con otros servicios municipales.
- El incremento de la capacidad de las comunidades de prevenir el delito y el desorden social.
- La creación de una relación más armoniosa y colaborativa entre policía y ciudadanos con una reestructuración del servicio policial conectándolo con otros servicios municipales.
- La reforma del modelo de organización policial, que favorezca la horizontalidad en relación a los procesos de justicia local que puedan evitar la apertura de procedimientos judiciales.
- Las funciones más complejas y amplias para el agente de policía, que va a gozar de una mayor discrecionalidad en las intervenciones, lo cual no se adecúa al carácter jerárquico de los cuerpos de policía.
- El objetivo principal va a ser la prevención de la criminalidad por encima de la represión de la misma.
- Se incrementan los objetivos de la policía tradicional a cuestiones como la seguridad pública, el miedo al delito y la calidad de vida de la comunidad, favoreciendo los sentimientos de bienestar con una mayor interacción y reciprocidad en las relaciones con la comunidad.

3. LA MEDIACIÓN ESCOLAR

También el modelo alternativo de resolución de conflictos, frecuentemente con base restaurativa se ha trasladado a los Centros Escolares⁴⁶ y Universidades, lo que denota un claro ejemplo de expansión de los métodos alternativos de resolución de conflictos y del apoyo a la cultura del diálogo.

La mediación escolar, en la actualidad, constituye una herramienta muy valiosa para resolver los conflictos en los Centros Educativos. Normalmente la figura del mediador es un educador social, formado en

⁴⁶ Programa Alumnado Ayudante-Mediador del IES Miguel Catalán. FERNANDEZ, I, y otros, 2002., que adopta un modelo integrado de convivencia, con una organización de alumnado que cuenta con *alumnos ayudantes-mediadores* para mejorar las relaciones interpersonales, mejorar la convivencia general del centro, detectar y actuar ante el maltrato escolar y promover la resolución pacífica de conflictos con la mediación. <https://convivencia.wordpress.com/2010/02/12/protocolo-de-mediacion-ies-miguel-catalan>.

mediación, que busca no sólo promover acuerdos puntuales en conflictos concretos sino realizar un seguimiento.

La visión que se debe transmitir es una visión global integradora que permita profundizar en las necesidades y los intereses reales, fomente el desarrollo de actitudes de respeto y valoración del otro, el conocimiento de las necesidades individuales y colectivas, ayudar a encontrar soluciones satisfactorias para los implicados en un conflicto, facilitando el diálogo, practicando la escucha activa y otras herramientas para la comunicación⁴⁷.

⁴⁷ PEREZ DE GUZMAN, M.V., «La Mediación en los Centros Educativos. El educador social como mediador», *Bordón* 60 (4), Universidad Pablo Olávide, 2008, pp. 79-87.

VI

IMPLEMENTACIÓN DE LA MEDIACIÓN PENAL A TRAVÉS DE PROTOCOLOS DE ACTUACIÓN HOMOLOGADOS POR EL CGPJ EN ARAGÓN

La implementación de la mediación y la justicia restaurativa a través de *protocolos* homologados por el Consejo General del Poder Judicial comportan un soporte *cuasi normativo*, que ha permitido la implantación y el desarrollo de la justicia restaurativa en nuestro país. Los protocolos de mediación se hallan recogidos en la *Guía para la práctica de la mediación intrajudicial*, editada por el Consejo General del Poder Judicial en 2016, estableciéndose los diferentes protocolos para la mediación civil, familiar, penal, laboral y contencioso-administrativa.

1. MODELO DE PROTOCOLO PARA LA MEDIACIÓN PENAL: GUÍA DEL CGPJ

En lo que respecta a la mediación penal, se destaca la superación de una visión estática de la justicia, con una nueva visión del juez:

«una concepción del juez como *agente institucional* que posibilita la composición de los conflictos favorece una concepción netamente instrumental de la tarea de juzgar en la que lo determinante son los intereses de las personas...» En el ámbito penal el juez tiene un papel fundamental, en el inicio, posibilitando el proceso de comunicación a través de la derivación, y otro final, de homologación, de lo acordado por las partes por su compatibilidad con la ley

Estos protocolos determinan el modo y forma de realizar las mediaciones, quiénes van a ser los mediadores, los criterios de derivación y las formas de incorporación al procedimiento. En muchos casos, nos ofrecen una visión práctica, a través de sus memorias, de las circunstancias y variables relativas a la prestación de los servicios de mediación, que nos permiten analizar el impacto que este nuevo concepto de justicia tiene en nuestro país.

El protocolo descrito en esta guía determina una estructura para la implantación de la mediación penal, que vamos a fragmentar en los siguientes apartados.

1.1. Implantación de los servicios de mediación

La Guía propone dos alternativas para la implantación de los servicios de mediación en los tribunales.

a) *Una unidad judicial* gestionada desde los servicios comunes de los Tribunales, o bien desde el Decanato o Presidencia del Tribunal, al frente de la cual estuviera un Letrado de la Administración de Justicia o Gestor, con formación específica de mediación, con funciones específicas de información y divulgación entre litigantes, profesionales y personal de la administración de justicia, en la gestión de las derivaciones judiciales, así como en la coordinación y el control de calidad de las mediaciones.

b) De no existir servicio ni unidad en el ámbito común de un tribunal y, en tanto no se desarrollen, la Secretaría del Decanato o la Secretaría de la Presidencia del Tribunal provincial o autonómico contará con un *listado o panel de mediadores*, que deberán cumplir los requisitos de formación y experiencia que en cada caso se determinen y se distribuirán entre ellos las mediaciones que se deriven desde los Juzgados y Salas.

Hay que resaltar que el protocolo de mediación penal regula especialmente los dos momentos o fases claves del procedimiento de mediación que inciden en el proceso penal, que son:

1. La *derivación*,
2. La *implementación del acuerdo de mediación alcanzado*, ya que es entonces donde deben de conjugarse las normas procesales penales con los principios y finalidades de la mediación y la justicia restaurativa.

No obstante, también regula determinados aspectos que compete al equipo de mediadores, ya que los mismos se hallan adscritos a los juzgados, y sobre tales, realiza funciones de control y garantías.

1.2. Derivación de los casos a mediación por el órgano judicial

1.2.1. Competencia para derivar a mediación

La selección de los casos que se van a derivar a mediación la realizará el órgano judicial, a través de una resolución motivada donde *invitará* a las partes y sus abogados a que acudan a una *sesión informativa*.

La derivación a mediación y la conjunción del principio de presunción de inocencia comporta en primer lugar, la obligación de tratar al acusado como inocente durante todo el proceso hasta que haya una sentencia que declare su culpabilidad.

El Juez de Instrucción, sin perjuicio de la práctica de las diligencias de investigación que deba hacer y a las que está obligado por Ley, podrá derivar el proceso a mediación con anterioridad a dictar el Auto de finalización de las Diligencias Previas y transformación en Procedimiento Abreviado (art.780 de la LECrim.) o de transformación en Delito Leve (art. 779 de la LECrim.).

Algo muy importante que debemos resaltar es el hecho de que, aunque se proceda con la derivación a mediación, el juzgado de instrucción deberá de *continuar con las diligencias de averiguación y de instrucción* del caso, ya que en modo alguno la aceptación a mediación puede suponer un levantamiento de la presunción de inocencia, y por otra parte, no se pueden aceptar reconocimientos arbitrarios de hechos en los que alguna persona pudiera declararse responsable de unos hechos delictivos sin ninguna otra prueba que justificara su condena.

Hay que tener en cuenta que el ofrecimiento para la mediación debe de ser realizado en primer lugar al investigado, si bien el protocolo no lo dice; no se debe de producir el traslado a la víctima para que preste el consentimiento a la mediación si el investigado no lo prestó, de esta forma se evitarán falsas expectativas para la víctima y nuevas revictimizaciones.

Se contemplan las siguientes posibilidades en cuanto a la posición respecto a los hechos imputados al sujeto infractor en el momento de la derivación al procedimiento de mediación:

- 1) *Que el investigado/encausado haya reconocido los hechos y acepte la mediación*, en cuyo caso si se cumplen los requisitos cabrá iniciar un proceso de mediación, siempre y cuando la víctima preste también su consentimiento.
- 2) *Que el investigado/ encausado haya reconocido los hechos, pero no acepte la mediación*, en cuyo caso, el proceso continúa con sus trámites, y posiblemente finalizará con un acuerdo de conformidad.
- 3) *Que el investigado no haya reconocido los hechos esenciales*. En este caso no cabe la derivación sin conculcación del principio de presunción de inocencia, y, por tanto, continuará el procedimiento judicial por sus trámites correspondientes.

En este punto entiendo que puede haber situaciones excepcionales, por ejemplo, aquellas que están involucradas más de dos partes, menores y mayores de edad, que existan denuncias cruzadas, en los que ninguna parte haya reconocido los hechos, y en cambio, pueda ser conveniente utilizar la justicia restaurativa; ante estas situaciones el mediador debe de actuar como garante del proceso, decidiendo si es conveniente su práctica, siempre y cuando las partes hubieran dado el consentimiento.

1.2.2. Delitos que pueden derivarse a mediación: «delitos mediables»
Respecto a los delitos que pueden ser derivados a mediación, *únicamente quedan excluidos ab initio los delitos de violencia de género* dada la expresa prohibición de la normativa existente. El resto de delitos son suscepti-

bles de derivación cuando estén especificadas las posiciones de víctima y agresor por parte del Juzgado y a ello no se oponga el Ministerio Fiscal.

Incoadas diligencias para la instrucción por el Juzgado de Instrucción o tramitado el juicio por delitos leve ante el propio Juzgado de Instrucción o remitido el procedimiento de enjuiciamiento por los trámites del procedimiento abreviado, el Juez, con el conocimiento previo del Ministerio Fiscal podrá resolver someter el proceso a mediación en cualquier momento de la tramitación del procedimiento, con el consentimiento en primer lugar del investigado, y en segundo de la víctima, así como de sus representantes legales.

1.2.3. Contenido de la derivación

El protocolo dice que el Juzgado notificará la resolución judicial de derivación a la persona investigada y a la víctima, en la que se indicarán las razones que avalan la decisión de derivación; en segundo lugar, los profesionales encargados de realizar la mediación, se pondrán en contacto con cada una de las partes, por escrito o telefónicamente para fijar la cita de la reunión informativa, a la que pondrán ir acompañados de sus abogados.

Ahora bien, el orden de derivación, deberá de cumplirse, en primer lugar, respecto de la persona investigada, para que preste en su caso, primeramente su consentimiento, ya que, si no lo hace, no será necesario trasladar la derivación a la víctima; de esta forma se evita una nueva revictimización de la víctima, evitándose falsas expectativas de encontrar una solución negociada.

Respecto al contacto con la víctima, deberá realizarse conforme a lo dispuesto en los artículos 4 y 15 de la Ley 4/2015 del Estatuto de la Víctima, que suponen una transposición de las previsiones contenidas en la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012, en cuanto a los requisitos que deben de cumplirse para la aplicación de la mediación, que ya analizamos en el capítulo V, al cual nos remitimos.

Una vez que las partes hayan aceptado la mediación, el Letrado de la Administración de Justicia pone en conocimiento del Servicio de Mediación el inicio del proceso de mediación, remitiendo al servicio la siguiente documentación:

- *ficha de derivación*
- *copia de las declaraciones de las partes*
- *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
- *los datos de localización de las partes, y los de sus abogados*

1.2.4. Plazo para desarrollar la mediación

El plazo para la realización de la mediación será el que el Juez establezca sin perjuicio de que, si la fase procesal es de enjuiciamiento, se fije fecha para el juicio oral atendiendo a las necesidades temporales de la mediación. El 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; se pueden atender a *criterios de flexibilidad*, previo informe al respecto presentado por los mediadores.

1.3. Fase de implementación del acuerdo de mediación en el procedimiento judicial

Finalizado el proceso de mediación con un acuerdo restaurativo, el equipo de mediación redactará el *acta de reparación* que será remitido por éstos a los abogados de las partes, al objeto de que otorguen su aprobación previamente, antes de proceder a su firma por las partes.

Se deben evitar conflictos entre los acuerdos conseguidos facilitados por el mediador y la asistencia letrada de cada una de las partes, de lo contrario todo el trabajo de mediación puede darse al traste en el caso de desavenencias. De ahí, que debe de haber una interrelación fluida entre ambos profesionales, en relación a los avances que se están consiguiendo y teniéndose en cuenta las sugerencias de los abogados en relación con las pretensiones de las partes, puesto que de lo que se trata es alcanzar el mejor acuerdo posible y beneficioso para víctima y victimario.

Firmada el acta de reparación, el equipo de mediación dará traslado de la misma a las partes para que procedan a su gestión procesal conforme a los trámites del procedimiento de que se trate y comunicará al Juzgado o Tribunal la finalización del proceso de mediación con un acuerdo restaurativo.

En el proceso por delito leve, se comunicará al Juzgado la finalización del proceso de mediación con acuerdo restaurativo y se trasladará al Ministerio Fiscal el acta de reparación para que valore la oportunidad de solicitar el sobreseimiento del procedimiento y el archivo de las diligencias en los términos legalmente previstos, a tenor de los artículos 963 LECrim y 964 LECrim, correspondiendo al juez su dictado.

1.3.1. En la fase de instrucción

El protocolo alude a la posibilidad de introducir los acuerdos de mediación a través de la Conformidad pactada con el Fiscal y con la supervisión del juez por el que se cumplen los requisitos del artículo 787 LECrim. En la fase de instrucción podemos obtener la adopción de los acuerdos a través de una sentencia de conformidad que puede obtenerse a través de los procedimientos judiciales que pueden concluir en la fase de instrucción.

1.3.2. En la fase de enjuiciamiento

Por el Juez de lo Penal o la Audiencia Provincial se procederá a dictar Auto de admisión de pruebas y señalamiento del juicio oral, con derivación, en los casos que proceda, a mediación. En estos casos el señalamiento se adecuará a las necesidades temporales de la mediación.

Si el proceso de mediación no se iniciase o no finalizase con un acta de reparación, el mediador interviniente elaborará un documento respetando la confidencialidad de lo tratado que remitirá al Juzgado de lo Penal o a la Audiencia comunicando estos extremos, y el Juez de lo Penal o la Audiencia Provincial seguirá con la tramitación del procedimiento.

Si el proceso de mediación finalizase con el acta de reparación en el que se contiene el acuerdo, la misma será entregada a las víctimas y acusados, indicándoles que deberán entregarla a sus abogados. *Los abogados gestionarán procesalmente el acuerdo de mediación («Plan de reparación»)* comunicando al Juez de lo Penal y Audiencia Provincial la propuesta que efectúan en el procedimiento.

En concreto, en el juicio oral, que haya sido previamente señalado, si es la voluntad de las partes procesales podrá utilizarse la institución de la 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 (art.787 LECrim.) y valoración de la mediación antes expuestos.

En concreto, este acuerdo de conformidad tras el proceso mediador, podrá articularse a través de dos modalidades:

- 1) El abogado y el Ministerio Fiscal definirán y debatirán las consecuencias jurídicas, con la determinación exacta de la pena y posibles medidas suspensivas de la pena de prisión, con carácter previo al juicio oral y expondrán ante el juzgador los acuerdos y demás cuestiones que deseen expresar.
- 2) Con anterioridad a la vista, cabe la presentación mediante un escrito conjunto de calificación del ministerio fiscal y del letrado, que recoja los términos del acuerdo alcanzado y las variaciones que procedan en la calificación y valoración penológica de los hechos.

Esta opción nos parece la más indicada, puesto que puede recoger con mejor precisión lo acordado, ya que no cuenta con la inmediatez y premura del momento previo a la celebración de la vista.

El Juez o el Tribunal, en ambos casos, velará por la idoneidad de la valoración jurídica tanto del Ministerio Fiscal como de la Defensa, dictando *sentencia de conformidad* cuando proceda e incluyendo, siempre que resulte posible, el pronunciamiento referido a la suspensión de la pena de prisión con los deberes, prohibiciones, prestaciones o medidas que, en su caso, procedan.

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 ex art. 110 CP, o como regla de conducta del artículo 83 CP en caso de que se adoptase la suspensión de la ejecución de la condena.

Como quiera que en la determinación de la pena se haya tenido en cuenta la atenuante de la reparación del daño, resulta preciso que la reparación material del daño se haya al menos iniciado con anterioridad al acto del juicio oral.

No obstante, la reparación puede entenderse suficiente, si así lo acuerdan las partes, con el desarrollo del contenido del encuentro dialogado habiéndose acordado la restitución, reparación, indemnización, petición de perdón, el reconocimiento de hechos o incluso la reparación simbólica. Resulta muy novedoso que la última decisión en cuanto a la reparación la tiene la víctima por cuanto que puede sentirse reparada por el hecho de haber llegado a un acuerdo, aunque éste no contemple una reparación material o indemnización de los perjuicios valorados según los criterios legales establecidos; ello a diferencia del procedimiento convencional, donde la Reparación únicamente comprendía la reparación material, con la restitución o en su defecto el resarcimiento económico, que consistía en una cantidad en concepto de daños y perjuicios.

El protocolo también alude a que es conveniente la celebración en un mismo día de varios juicios que incorporen las conformidades sustentadas por acuerdos de mediación, para facilitar el trabajo de los Fiscales y del Equipo de mediación.

1.3.3. En la fase de ejecución

En el caso de que en la sentencia no exista pronunciamiento referido a la suspensión de la ejecución de la pena de prisión, tras su firmeza, el Juez o Tribunal, mediante resolución motivada, podrá derivar a las partes y a los abogados a una sesión informativa de mediación.

El acuerdo de reparación que, en su caso, se obtenga en mediación se documentará en el *acta de reparación* y será trasladado por las partes al

Juzgado o Tribunal. El órgano judicial, previa audiencia de las partes, decidirá lo que proceda respecto a la concesión o no de la suspensión de la ejecución de la pena (artículo 82.1 CP).

El cumplimiento del acuerdo de mediación podrá ser una de las prestaciones a la que el juez o tribunal condicione la suspensión de la ejecución de la pena de prisión (artículo 84.1. 1º CP).

La falta de inicio de la mediación, tras la sesión informativa, o la falta de conclusión de la misma con acuerdo, será traslado al Juez o Tribunal por las partes. El órgano judicial, previa audiencia de las partes, resolverá lo que proceda respecto a la concesión o no de la suspensión de la ejecución de la pena (artículo 82.1 CP).

1.4. Desarrollo de la mediación por el Equipo de Mediación

En relación al desarrollo de la mediación, es fundamental la separación absoluta del procedimiento de mediación con respecto al proceso penal, para garantizar la *imparcialidad, la voluntariedad y la confidencialidad*, principios fundamentales de la mediación, y que, a su vez, van a permitir que no se produzcan vulneraciones de los derechos del ofensor o de la víctima. Ahora bien, el protocolo recoge una serie de pautas y contenidos para garantizar la plenitud de los derechos de las personas, que, siendo partes de un proceso judicial, van a acceder a un proceso restaurativo que va a coadyuvar en la resolución del caso.

1.4.1. El contacto con las partes

El contacto con las partes por parte del Equipo de Mediación, deberá exponer con claridad en qué consiste la mediación, con una exposición sucinta de las características y fases del proceso, basado en el diálogo y la escucha, si por ambas partes se consiente en realizar una fase de encuentro, el reconocimiento al menos parcial de los hechos, la asunción de la reparación del daño, la renuncia a cualquier tipo de violencia frente a la víctima, y las consecuencias dependiendo de cada caso que puede suponer el acuerdo de reparación en relación a la condena, el archivo, o la posible apreciación de la atenuante de la reparación del daño.

Este contacto servirá de preámbulo para poder iniciar la mediación, con el desarrollo en primer lugar de la sesión informativa, donde de una forma más detallada se ahondará en su sentido, alcance y consecuencias.

1.4.2. Fase de la sesión informativa

Ante la respuesta positiva de ambas partes, se realizará una sesión inicial, de forma individual con cada una de ellas, siendo recomendable que

acudan con sus abogados/as, si los tuvieran, para que manifiesten su conformidad con la mediación, a cuyos efectos se firmará un documento de consentimiento informado –*acta constitutiva de la mediación*–, que deberá recoger que las partes han recibido toda la información necesaria en relación con el procedimiento de mediación, y las consecuencias que tiene respecto del proceso penal, y que ambos prestan su consentimiento.

El protocolo recoge los supuestos especiales en relación a las víctimas:

- *Si la víctima fuese menor de edad, o estuviese incapacitada*, necesariamente tiene que acudir acompañada de su representante legal, y en caso de discrepancias en cuanto al consentimiento de la mediación, prevalecerá la decisión del menor o incapaz si este tiene la condición suficiente de madurez y de comprensión.
- *Si la víctima fuese una persona jurídica* las entrevistas se realizarán con quien esta designe, asegurándose previamente de su capacidad para tomar decisiones y firmar acuerdos, velando por la no coincidencia del representante como posible investigado al amparo de lo dispuesto en el artículo 31 bis del C.P.
- *Si hubiera compañías aseguradoras perjudicadas* serán informadas del proceso y podrán participar en el mismo señalando las circunstancias económicas que entienden deben garantizárseles y ello será premisa obligatoria de cumplimiento en el acuerdo que pueda alcanzarse

Con respecto a las fases siguientes del procedimiento de mediación, el protocolo de mediación penal no las recoge; en cualquier caso, los procesos restaurativos, o la mediación en particular, deberán ser diseñados por el mediador o los equipos mediadores en atención a las circunstancias del caso concreto, si bien será conveniente preparar cada una de las intervenciones.

La autonomía del proceso de mediación debe de quedar garantizada, sin que puedan existir intromisiones por parte de los operadores jurídicos; y sólo cuando se haya finalizado el procedimiento con o sin acuerdo, se comunicará al juzgado el resultado de la mediación, que, en caso de haberse llegado a acuerdos, deberán ser comunicados también a los representantes legales en el proceso judicial para que procedan con la gestión de los mismos. En aras a garantizar los derechos de todas las partes, es conveniente que los abogados sean conocedores del resultado de la mediación antes de que ésta sea comunicada por el Equipo de Mediación al juzgado o Tribunal competente, y que sean los propios abogados los encargados de gestionar los acuerdos alcanzados para su implementación en el proceso judicial.

1.4.3. Desarrollo del protocolo de mediación en las demarcaciones judiciales

Si bien los protocolos de implantación de la mediación en las distintas demarcaciones territoriales han supuesto un enorme revulsivo a la expansión de la justicia restaurativa, no es menos cierto que su desigual desarrollo, ha perfilado una distribución desigualitaria y fragmentaria de la justicia restaurativa en España, dependiendo del nivel de desarrollo en cada comunidad autónoma y también del presupuesto disponible para acordar los medios materiales y personales adecuados.

En consecuencia, se hace necesaria, de toda vez, una modificación de la Ley procesal que concrete y disponga unos servicios de justicia restaurativa de calidad, el modo de acceso a dichos servicios, es decir ponga en funcionamiento la justicia restaurativa, en cumplimiento del Estatuto de la Víctima, y de la Directiva 2012/29/ UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, que como hemos visto confiere la potestad a las víctimas de acceder a los servicios de justicia restaurativa.

2. CONVENIOS DE COLABORACIÓN PARA EL DESARROLLO DE LA MEDIACIÓN EN ARAGÓN

A falta de una ley que desarrolle el acceso a la mediación y la implementación de los acuerdos en el proceso judicial, se han venido realizando convenios entre Jueces y Tribunales y equipos de mediadores en las distintas demarcaciones judiciales tomando como base el protocolo desarrollado por el CGPJ.

En el caso de Aragón, cuenta en la actualidad con dos protocolos homologados para el desarrollo de la mediación penal: uno de ellos con la asociación *¿Hablamos?* y el otro con el *Colegio de Abogados de Huesca*.

Pero antes de analizar los referidos convenios, primeramente, pasamos a realizar una somera mención a los acuerdos que se han alcanzado entre el Consejo General del Poder Judicial y la Comunidad Autónoma de Aragón para la promoción de la mediación intrajudicial⁴⁸.

2.1. Convenio entre el Consejo General del Poder Judicial y la Comunidad Autónoma de Aragón para la promoción de la Mediación Intrajudicial

En primer lugar, se hace mención a la Directiva/2008/52/UE de mediación en asuntos civiles y mercantiles de promoción de la mediación, así

⁴⁸ Convenio Marco de Colaboración para la promoción de la mediación intrajudicial entre el Consejo General del Poder Judicial y la Comunidad Autónoma de Aragón de 27 de abril de 2015, prorrogado por dos años, con efectos desde la fecha de 27 de abril de 2019.

como la encomienda desarrollada por la Ley 5/2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles, a la formación de los mediadores y la adhesión a los códigos de conducta. Las competencias de justicia asumidas por la Comunidad Autónoma de Aragón comportan la función de impulsar la mediación y la coordinación de medidas alternativas para la desjudicialización de conflictos.

El convenio entre el Gobierno de Aragón y el Consejo General del Poder Judicial al aludir a la mediación intrajudicial toma como soporte únicamente la Ley 5/2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles, la cual excluye de su ámbito de aplicación a la mediación penal. Sin embargo, podemos entender comprendida también la mediación penal en dicho convenio, porque el Convenio habla de *desjudicialización y de resolución alternativa y complementaria de conflictos*, sin excluir expresamente el ámbito penal.

El convenio realiza una mención especial a la recogida de estadísticas de los resultados de la mediación; incluye distintas fichas estadísticas para recabar información sobre la mediación, en relación al número de expedientes iniciados, los tipos de infracciones que fueron derivados, la duración del proceso, los acuerdos alcanzados y otras circunstancias; ello va a permitir realizar un análisis de la situación de la mediación en cada ámbito, incluido el ámbito penal.

En relación a la gratuidad en la prestación de los servicios de justicia restaurativa; resulta obvio que deben ser *gratuitos en el orden penal*, a tenor de la materia esencialmente pública, que compete al Estado; por tanto, ni pueden ser sufragados por ninguna de las partes, ni tampoco, por tanto, ser configurados como derechos de justicia gratuita para quien cumpla los requisitos de accesibilidad, puesto que son servicios que complementan el proceso judicial, sirviendo a los intereses públicos, todo ello acorde con el principio de gratuidad que define a la mediación penal y a la justicia restaurativa. Ahora bien, el propio convenio indica, que la mediación no comportará un exceso en el presupuesto, ya que las actividades que se promueven forman parte de las actividades propias de su competencia, con lo cual, uno de los principales problemas que tiene la justicia restaurativa y la mediación penal en Aragón es la inexistencia de una dotación presupuestaria de recursos destinados a la creación de servicios especializados en el orden penal.

El reciente estudio realizado por BERNUZ BENEITEZ y GARCÍA INDA⁴⁹ acerca del estado actual de la mediación en Aragón que parte *del*

⁴⁹ BERNUZ BENEITEZ M.J y GARCÍA INDA, A., «Justicia restaurativa y media-

proyecto de investigación sobre la mediación penal-intrajudicial en Aragón 2008-2018, experiencia y perspectiva de futuro, cuyo objetivo principal consiste en «investigar el alcance y resultados de las experiencias desarrolladas en materia de mediación penal intrajudicial en el ámbito de toda la Comunidad Autónoma de Aragón en la última década», apunta algunas valoraciones interesantes sobre la justicia restaurativa y la mediación penal intrajudicial en la Comunidad Autónoma de Aragón, como el hecho de advertir de los riesgos de que pueda convertirse la mediación penal intrajudicial en un mecanismo de solución de conflictos que mitigue los problemas del sistema penal, más que ser una herramienta de justicia restaurativa, que contribuya a reparar el delito y a pacificar las relaciones sociales; no empero, ello queda evidenciado con la propia alusión de la norma penal, en sede de suspensión de la pena, artículo 84.1 CP donde atribuye única virtualidad al acuerdo de mediación; de ahí que es fácil concluir que la intencionalidad del legislador al referirse a la mediación, quede restringida únicamente a la obtención de un acuerdo. Ahora bien, este hándicap es trasladable, ante una situación de falta de regulación de la justicia restaurativa, a toda práctica restaurativa realizada en España; de ahí la necesidad de una regulación que vincule dicha potestad reconocida a las víctimas en su estatuto jurídico a los órganos jurisdiccionales.

El estudio también recoge otra cuestión fundamental, y es, en relación a la figura del mediador: ¿quién debe de realizar la mediación penal? Resulta una conclusión equivocada, a mi entender, el hecho de atribuir a una determinada profesión la asignación de dicha tarea, ya que la capacitación para el desarrollo de esta función pasa por una adecuada formación en materia de resolución alternativa de conflictos, justicia restaurativa y habilidades para la comunicación, pero además exige formación en la materia específica penal y procesal de igual manera que para operar como mediador en el ámbito familiar hay que tener o adquirir conocimientos del Derecho de Familia y de sus procedimientos específicos, aunque no se requiera una licenciatura o grado en Derecho, ni tampoco una colegiación como profesional de la abogacía. Sin duda todas estas cuestiones quedarían zanjadas si se elabora un Estatuto Jurídico del mediador, como se ha regulado en otros países.

Por último, una reflexión que constituye una especificidad en el desarrollo de la mediación y de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos en Aragón, que afecta especialmente al ámbito penal, civil y familiar, y es la enorme diversificación en la asignación de los recursos a distintas Aso-

ción penal intrajudicial en Aragón: condiciones, resistencias e incertidumbres», *Oñati Socio-Legal Series*, v. 9, n. 6, 2019.

ciaciones del Tercer Sector y Colegios profesionales, que operan de forma endogámica, sin que exista una apuesta institucional en la conformación de equipos multidisciplinares con capacidad de dar servicio a toda la ciudadanía, que pueda optar en las condiciones y con los requisitos que determina la ley y, subsidiariamente, conforme a los protocolos establecidos.

En Aragón, actualmente existen dos convenios homologados por el CGPJ para la aplicación de la mediación penal y las prácticas restaurativas en todo el territorio, cuya cobertura no alcanza a cubrir la prestación de servicios en cada demarcación territorial, y cuya adscripción por parte de los jueces y fiscales es voluntaria, al no existir una ley que regule la mediación o la justicia restaurativa.

2.2. Convenio de colaboración entre el Gobierno de Aragón, el Consejo General del Poder Judicial, el Ministerio Fiscal y la Asociación ¿Hablamos?

El presente convenio data de 2012, si bien es cierto que la asociación ya actuaba mediante proyectos piloto en los ámbitos de la mediación penal y penitenciaria.

El convenio se realiza en virtud de las competencias que se le atribuyen al Estatuto de Autonomía de Aragón, aprobado por Ley Orgánica 5/2007 de 20 de abril, y en virtud del Real Decreto 1702/2007 de 14 de diciembre, según el cual compete a la Comunidad autónoma la dotación a los juzgados del personal, instalaciones y medios informáticos para el adecuado ejercicio de sus funciones.

Se reconocen las funciones de la mediación penal con la utilización del Código Penal con fines de política criminal restaurativa y en esta dirección se recogen los beneficios para la restauración de las víctimas, la responsabilidad del infractor de las consecuencias del delito cometido, así como el restablecimiento de la vigencia de la norma, el diálogo comunitario, minimizando la violencia estatal y ayudando en la construcción de la paz social.

El convenio alude al marco jurídico estrictamente penal, y por tanto su objeto de aplicación se circunscribe a la implantación de una experiencia piloto de mediación intrajudicial penal en el territorio de la Comunidad autónoma. Igualmente, en el propio convenio se explicita que no va a suponer ningún gasto añadido con cargo a los presupuestos de la comunidad autónoma.

En el convenio se recogen los principios de la mediación penal, plasmándose los compromisos entre ambas partes para el desarrollo de este convenio:

Para el CGPJ: -impulsar la mediación entre sus profesionales contribuyendo a instaurar una cultura de la mediación. - La colaboración institucional para la implantación de las distintas iniciativas; y, -Análisis de los resultados de las distintas iniciativas que se deriven a mediación.

Para la asociación ¿Hablamos?: -Garantizar la profesionalidad de los equipos de mediación. -Remitir semestralmente las fichas estadísticas con los datos de las mediaciones.- Garantizar la total confidencialidad de los datos personales y familiares de acuerdo con lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999 de 13 de diciembre de Protección de Datos de carácter personal.

Entrando en las *estadísticas* extraídas del proyecto piloto de la Asociación ¿Hablamos? de 2018⁵⁰, la mayoría de los casos derivados a mediación lo son de delitos contra la integridad física y la libertad, suponen más del 50% de los expedientes derivados, correspondiendo el resto a delitos contra el patrimonio, el honor o la intimidad. La tipicidad de los delitos derivados a mediación está muy vinculada a la existencia de una relación entre las partes (en más del 50% de los casos existía una relación previa de vecindad o familiar) en la que se produce algún enfrentamiento o pelea. En la mayoría de los casos se trataba de delitos leves (en el 90% de las ocasiones) o menos grave, observándose una cierta resistencia por parte de los juzgados a derivar casos con una tipificación o calificación más variada.

2.3. Convenio del Consejo General del Poder Judicial y Colegio de Abogados de Huesca⁵¹

El convenio entre las partes tiene por objeto tanto la mediación familiar como la penal, aludiendo a esta última a su carácter complementario de solución de conflictos, por lo cual su objeto es la implantación de la mediación familiar y penal en la totalidad de los partidos judiciales de Huesca: Huesca capital, Jaca, Barbastro, Monzón, Boltaña y Fraga.

Al igual que en convenio anterior se aluden a los principios básicos de la mediación.

También las obligaciones para las partes se cifran en el mismo sentido, donde al CGPJ le corresponderá promover e impulsar la mediación entre los jueces, la colaboración institucional, la supervisión de la actividad mediadora e incluir los datos de las mediaciones en la página web del CGPJ y promover la suscripción de los códigos de conducta.

⁵⁰ BERNUZ BENEITEZ M.J y GARCÍA INDA, A., «Justicia restaurativa y mediación penal intrajudicial en Aragón», *ob. cit.*, p. 964.

⁵¹ Convenio entre el Consejo General del Poder Judicial y el Colegio de Abogados de Huesca para impartir la mediación, de 11 de noviembre de 2019.

Por su parte el Colegio de Abogados de Huesca deberá procurar mediadores que cumplirán los requisitos o estarán inscritos en el Registro del Ministerio de Justicia regulado por el Real Decreto 980/2013 de 13 de diciembre por el que se desarrollan determinados aspectos de la ley 5/2012 de mediación, prestar gratuitamente el servicio con independencia de las posibles subvenciones a las que pudieran acceder, y enviar semestralmente las fichas estadísticas con los datos de las mediaciones.

El protocolo de Huesca no recoge el proceso de mediación en las distintas fases del proceso judicial, lo que hace es una remisión a los protocolos desarrollados en la Guía del Consejo General del Poder Judicial, al igual que tampoco adjunta las fichas para el seguimiento de la mediación, las cuales son remitidas igualmente a las correspondientes de la Guía.

No se han encontrado estadísticas publicadas para poder realizar una valoración de las derivaciones, las tipologías delictivas, o la percepción que tienen los usuarios respecto del servicio en el ámbito penal.

MEDIACIÓN PENAL EN ARAGÓN

1. Acuerdo de prórroga del Convenio marco de colaboración para la promoción de la mediación intrajudicial, entre el Consejo General del Poder Judicial y la Comunidad Autónoma de Aragón (2019)
2. Convenio entre el Consejo General del Poder Judicial y el Colegio de Abogados de Huesca para aplicar la mediación intrajudicial (2019)
3. Renovación del Convenio entre el Consejo General del Poder Judicial y el Ilustre Colegio de Abogados de Huesca para el desarrollo de un programa de mediación intrajudicial (2018)
4. Prórroga del Convenio entre el Consejo General del Poder Judicial y el Ilustre Colegio de Abogados de Huesca para el desarrollo de un programa de mediación intrajudicial (2017)
5. Acuerdo de prórroga del Convenio marco de colaboración para la promoción de la mediación intrajudicial, entre el Consejo General del Poder Judicial y la Comunidad Autónoma de Aragón (2017)
6. Convenio entre el Consejo General del Poder Judicial y el Ilustre Colegio de Abogados de Huesca para el desarrollo de un programa de mediación intrajudicial
7. Convenio marco de colaboración para la promoción de la mediación intrajudicial, entre el Consejo General del Poder Judicial y la Comunidad Autónoma de Aragón
8. Convenio para la implantación de un Servicio de Mediación Intrajudicial Familiar y Penal en los Juzgados de Barbastro y Monzón
9. Convenio de colaboración entre el Gobierno de Aragón, el Consejo General del Poder Judicial, el Ministerio Fiscal y la Asociación ¿Hablamos? para la Mediación Intrajudicial en materia penal

(<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Convenios/ch.Mediacion-penal.formato2/?comunidad=03>)

3. LA OFICINA DE ASISTENCIA A LA VÍCTIMA EN ARAGÓN Y SU CONTRIBUCIÓN AL DESARROLLO DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA

El Consejo de Gobierno acordó el 8 de mayo de 2018 la creación de las Oficinas de Asistencia a las Víctimas del delito en Zaragoza, Huesca y Teruel. Desde el punto de vista funcional, ya se venían realizando estas actividades, pero no se habían adecuado a la Ley 4/2015 del Estatuto de la Víctima que las regula y al Real Decreto 1109/2015, de 11 de diciembre que desarrolla dicho estatuto.

Las Oficinas tienen un ámbito provincial y podrán atender a las víctimas independientemente del lugar de comisión del delito. Las sedes de dichas oficinas se ubican, respectivamente, en el Edificio Fueros de Aragón de la Ciudad de la Justicia de Zaragoza y en los Palacios de Justicia de Huesca y de Teruel.

El artículo 15 del RD determina la atención multidisciplinar para cubrir las necesidades de la víctima con un carácter público y gratuito. El servicio de asesoramiento jurídico se presta gratuitamente a través de los Servicios especializados de Asistencia a las Víctimas de los Colegios de Abogados de Zaragoza, Huesca, y Teruel, que se adscriben a las Oficinas de Asistencia a las Víctimas del Delito. Respecto a las funciones de asistencia psicológica, son desempeñadas por personal especializado mediante contratos de servicios.

Se configuran como una *unidad especializada* y un servicio público para prestar la asistencia y atención coordinada a las víctimas de delitos en los ámbitos jurídico, psicológico y social, así como promover las medidas de justicia restaurativa que sean pertinentes (artículo 17 RD). Las Oficinas de Asistencia a las Víctimas estarán atendidas por profesionales especializados, entre los que podrán encontrarse, psicólogos, personal al servicio de la Administración de Justicia, juristas, trabajadores sociales y otros técnicos cuando la especificidad de la materia así lo aconseje. Los profesionales deberán de contar con formación especializada en familia, menores, personas con discapacidad y violencia de género y doméstica. Su formación será orientada desde la perspectiva de la igualdad entre hombres y mujeres, especialmente para la atención de las víctimas más vulnerables.

El Real Decreto 1109/2015, de 11 de diciembre, por el que se desarrolla la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, y se regulan las Oficinas de Asistencia a las Víctimas del Delito determina en su apartado VII, y especifica en el artículo 37 las facultades de estas

oficinas en relación con la Justicia Restaurativa. Para MORENO ALVAREZ, el ejercicio eficaz de estas competencias precisará de una estrecha coordinación y colaboración del Servicio de Atención a las Víctimas con el Servicio de Mediación intrajudicial⁵².

Las Oficinas informarán a la víctima sobre la posibilidad de aplicar medidas de justicia restaurativa, propondrán al órgano judicial la aplicación de la mediación penal cuando lo considere beneficioso para la víctima, y realizarán actuaciones de apoyo a los servicios de mediación. Por tanto, las Oficinas de atención a las Víctimas pueden constituir una respuesta institucional a las demandas de regulación de la Justicia Restaurativa, en tanto en cuanto, en sus propias competencias está la promoción de la mediación penal cuando se considere beneficioso para la víctima; y en consecuencia deberían de constituir un reclamo para la implantación de nuevos servicios de justicia restaurativa, a la vez, que deberán estar coordinados con ellos y servirles de apoyo¹³⁰.

El Estatuto de la víctima del delito señala que las Oficinas de Asistencia a las Víctimas realizarán una *valoración individual de las víctimas a fin de determinar sus necesidades especiales de protección*, teniendo en cuenta las características personales, en especial de aquellas víctimas más vulnerables como son los menores o las personas con discapacidad necesitadas de especial protección, y la naturaleza y las circunstancias del delito; todo ello con la finalidad de determinar qué medidas de asistencia y protección deben ser prestadas a la víctima.

Toda víctima, directa o indirecta, tendrá derecho a acceder de forma gratuita y confidencial a los servicios de asistencia y apoyo prestados por las Oficinas de Asistencia a las Víctimas y por el resto de Administraciones Públicas. Este derecho podrá extenderse a sus familiares cuando se trate de delitos que hayan causado perjuicios de especial gravedad. El servicio comprende una atención completa e individualizada, exista o no exista una previa denuncia por parte de la víctima. Asimismo, las Oficinas de la Víctima también informarán del Derecho a la asistencia jurídica gratuita a las víctimas que lo tuvieran, y les asistirán para poder solicitarlo (Artículo 21.4 RD).

⁵² MORENO ALVAREZ, R., «European Forum for Restorative Justice (EFRJ): Una experiencia europea para promover la Justicia Restaurativa y la Mediación en Europa y mejorar servicios públicos en el Ámbito de la Administración de Justicia en Euskadi», *Revista Aranzadi Unión Europea*, 10, 2016, p. 63. MARTINEZ SANCHEZ, C., «La Justicia Restaurativa a la luz del Estatuto Jurídico de la Víctima», en ARGUDO PÉRIZ, J.L. (Dir.), *Mediación y Tutela Judicial Efectiva. La Justicia del Siglo XXI*, Ed. Reus, Madrid, 2019.

El artículo 37 del RD establece las funciones de las Oficinas de Asistencia a las Víctimas en materia de justicia restaurativa, que son las siguientes:

- a) Informar, en su caso, a la víctima de las diferentes medidas de justicia restaurativa.
- b) Proponer al órgano judicial la aplicación de la mediación penal cuando lo considere beneficioso para la víctima.
- c) Realizar actuaciones de apoyo a los servicios de mediación extrajudicial.

En consecuencia, estas oficinas deben de constituirse en un canal abierto a promover, favorecer e impulsar la justicia restaurativa desde tres perspectivas:

- 1) *Oficina de información acerca de la justicia restaurativa*, en tanto que deben de contar con toda la información para tomar las decisiones sobre cómo afrontar las consecuencias del delito. La víctima *puede necesitar liberar la emoción negativa para recuperar su equilibrio y éste puede alcanzarse gracias al reconocimiento de los hechos esenciales por el infractor o por la aclaración de lo sucedido*. Por tanto, se reconocen las bondades de la justicia restaurativa en determinados casos, dependiendo de las necesidades emocionales de la víctima, y de las circunstancias del caso concreto y de las personales del autor.
- 2) *Oficina de promoción de la justicia restaurativa* en aquellos casos que se consideren favorables o recomendables su derivación, de conformidad con las circunstancias personales de la víctima, de las circunstancias del reo, y dentro de los parámetros que determina el artículo 15 LEJVD.
- 3) Realización de actuaciones de *apoyo a los servicios de mediación extrajudicial*, donde se incluyen también funciones de coordinación con otros órganos o entidades de protección a las víctimas, como serían los servicios de justicia restaurativa que existieren, así como la posibilidad de realizar convenios de colaboración y protocolos de actuación.

* BIBLIOGRAFÍA

Las referencias bibliográficas de este capítulo se recogen en el Capítulo VII, último capítulo sobre mediación penal y justicia restaurativa.