

PURA CAAVEIRO AMENEIRO

MAGISTRADA DEL JUZGADO DE INSTRUCCIÓN NUMERO SIETE DE A CORUÑA

LA MEDIACION PENAL Y LA JUSTICIA RESTAURATIVA: UN NUEVO MODELO DE JUSTICIA

LA MEDIACION PENAL Y LA JUSTICIA RESTAURATIVA: UN NUEVO MODELO DE JUSTICIA

LA MEDIACION PENAL Y LA JUSTICIA RESTAURATIVA: UN NUEVO MODELO DE JUSTICIA

I. UN NUEVO MODELO DE JUSTICIA AL SERVICIO DEL CIUDADANO.

Una de las preocupaciones de los Estados Democráticos actuales que propugnan el bienestar de los ciudadanos es procurar una adecuada solución de los conflictos que se generan en la sociedad. La excesiva judicialización de las relaciones humanas ha desembocado en que nuestro sistema judicial genere respuestas cada vez más lentas y no siempre acordes con los verdaderos intereses de las partes puesto que con frecuencia las diferencias existentes acostumbran a tener componentes no jurídicos y eminentemente personales que difícilmente pueden ser solventadas con el sistema de Justicia tradicional. Nuestro sistema penal actual, basado en la justicia punitiva, de orientación retributiva y preventiva, se revela insuficiente, y por ello se habla de la crisis del sistema penal de justicia, puesto que no cumple adecuadamente sus funciones y de ahí que haya surgido la necesidad de buscar nuevas fórmulas tendentes a solucionar gran parte de los conflictos sociales. Precisamente esta crisis es la que ha llevado a gran parte de los operadores jurídicos – jueces, abogados, fiscales y L.A.J.- a manifestar su sentimiento de frustración al advertir que, en innumerables ocasiones, el proceso judicial agudiza aún más los conflictos sociales y las consecuencias derivadas de la comisión de un delito. Ese sentimiento de frustración se manifiesta especialmente en el ámbito de la aplicación de las penas privativas de libertad y sus consecuencias negativas, puesto que en un buen número de casos no satisfacen las necesidades de la víctima ni tampoco se consiguen unos efectos resocializadores efectivos, aparte de que tampoco se logra evitar la reincidencia del infractor. Muy al contrario de lo que se cree, la aplicación en determinados supuestos de este tipo de penas favorece la criminalización, el etiquetamiento y la estigmatización del infractor, condicionando con ello sus expectativas de futuro al facilitar su introducción en circuitos delictivos de los que no logra salir.

LA MEDIACION PENAL Y LA JUSTICIA RESTAURATIVA: UN NUEVO MODELO DE JUSTICIA

Ante esta insatisfacción y la innegable decepción surgida tras el evidente fracaso de los métodos resocializadores en la ejecución de las penas privativas de libertad, ha llegado la hora de que todos los operadores jurídicos reflexionemos y asumamos de una vez por todas, la responsabilidad de actuar en varios frentes fomentando e impulsando, dentro de nuestro sistema judicial, el uso de métodos adecuados para resolver los conflictos y con fines distintos a los que se orienta la Justicia Punitiva tradicional.

La Mediación Penal constituye uno de los máximos exponentes de la Justicia Restaurativa que se enmarca dentro de nuestro sistema judicial y se caracteriza porque convierte a las personas en auténticos protagonistas, pues de un lado permite que la víctima participe de una manera distinta a la de ser testigo o acusación particular, y de otro, permite que las personas implicadas sean escuchadas y se comuniquen entre sí, ya sea directa o indirectamente, permitiendo además que en esa comunicación se pueda salir del guión que marca el proceso penal y la actividad instructora y/o de enjuiciamiento, para así poder abordar aspectos colaterales al hecho penal en sí y que nuestro sistema procesal penal es incapaz de asumir, de tal forma que a través de esta nueva metodología se configura una nueva forma de administrar Justicia que permite responder a las necesidades reales de los ciudadanos, logrando así la realización del valor de la Justicia en el caso concreto y otorgando la debida tutela judicial efectiva a los ciudadanos.

Como diría la Profesora y Mediadora D^a Anna Vall Rius- Profesora de la Universidad de Barcelona- “ La Justicia Restaurativa no propone simplemente aplicar una nueva técnica sino que más allá, y su proyecto es mucho más ambicioso y profundo, ya que lo pretendido es un cambio fundamental en nuestra manera de enfocar y de responder a los actos delictivos; cambio que sin duda debería acompañarse de otro a nivel cultural que incidiese en nuestra actitud ante los conflictos y en la manera de gestionarlos; es más, respecto al papel de las partes, la Justicia Restaurativa les reconoce su protagonismo de cara a relacionar a aquellos que han cometido los actos delictivos con quienes han padecido sus consecuencias, implicándoles activamente en la búsqueda en común de una respuesta útil para todos, y precisamente quien va a

LA MEDIACION PENAL Y LA JUSTICIA RESTAURATIVA: UN NUEVO MODELO DE JUSTICIA

prestarles el soporte necesario y la ayuda para la búsqueda de esa respuesta será quien ejerza las funciones de mediación.

Esta nueva visión de la Justicia Penal que va más allá de los fines retributivos que afectan al delincuente, para atender a todos y cada uno de los sujetos involucrados en el hecho punible, es lo que debe determinar que necesariamente se imponga un enfoque eminentemente constructivo a la hora de configurar la Mediación Penal como una de las técnicas de resolución de conflictos que implica la superación del paradigma de la Justicia Punitiva y por supuesto, a través de este enfoque debe superarse esa configuración que la ha venido articulando como un servicio exclusivo para la víctima, porque lo que resulta evidente y necesario— si analizamos los principios que inspiran la JR y los que informan nuestro proceso penal- **es que la mediación penal debe configurarse como un nuevo modelo de Justicia;** modelo cuya respuesta a la infracción penal no será únicamente la averiguación del culpable y la imposición de una pena, sino que dará entrada como respuesta al delito a la satisfacción de las necesidades de la víctima concreta sin menoscabo de las finalidades del derecho penal, permitiendo así el diálogo personal directo o indirecto entre los protagonistas del hecho delictivo frente a la burocratización y deshumanización que impera en el proceso penal clásico; a lo que debe añadirse que con esta nueva herramienta se otorga un papel fundamental a la víctima puesto que la asunción casi monopolística del ejercicio de la acción penal por el Ministerio Fiscal ha relegado a la víctima a una posición secundaria. En definitiva, la mediación penal no puede limitarse al esclarecimiento de aquellos aspectos que permitan subsumir los hechos en un tipo penal y aplicar la pena correspondiente, sino que permite abordar el delito desde la perspectiva del mismo como un “conflicto” para así tratar de buscar y obtener esa verdad material que tanto ansiamos los Jueces a la hora de ejercer nuestra función jurisdiccional.

En definitiva, el principal motivo por el que esta nueva técnica de resolución de conflictos ha ido adentrándose en nuestro sistema de Justicia radica principalmente en que el modelo adversarial preexistente no ha sido suficiente para satisfacer las exigencias de efectividad en la tutela judicial efectiva que venían demandando los

LA MEDIACION PENAL Y LA JUSTICIA RESTAURATIVA: UN NUEVO MODELO DE JUSTICIA

ciudadanos. Ahora bien, ello no implicará que esta nueva metodología vaya a sustituir al modelo de justicia preexistente sino que vendrá a complementarlo; o lo que es igual, el modelo adversarial seguirá existiendo, y como tal servirá de cauce para la resolución de numerosos conflictos que se susciten por los ciudadanos, pero junto al mismo, y para dar respuesta a otro tipo de necesidades que los justiciables estimen que es la mejor opción para ellos, debe situarse el modelo de justicia restaurativa; modelo éste que ha venido alentándose y consolidándose, fundamentalmente, gracias a la confluencia de varios factores, siendo los más significativos los siguientes:

1º.- La progresiva implantación de sociedades complejas y globales en las que los conflictos que se suscitan tratan de encauzarse a través de soluciones en las que se integran tanto la perspectiva individual como la social.

2º.- La reformulación de la función de los operadores jurídicos en los sistemas de composición de conflictos.

Y así, el Juez o Tribunal que resuelve una contienda entre partes a partir de las pretensiones por ellas ejercitadas, también debe estar preparado para efectuar otras tareas, y entre ellas: deslindar, cuando procede derivar un caso a un espacio de comunicación conectado con los Tribunales, decidir que solución procesal tiene que conferir a esa situación, así como que criterios legales debe tener en consideración para homologar el acuerdo de reparación que alcanzasen las partes.

Pero también el Ministerio Fiscal y los Abogados deben participar activamente en el proceso de mediación y deben estar preparados para decidir cuando procede derivar un asunto a mediación y posteriormente, habrán de velar por los derechos de víctima y victimario supervisando los términos de la redacción del acuerdo de reparación.

LA MEDIACION PENAL Y LA JUSTICIA RESTAURATIVA: UN NUEVO MODELO DE JUSTICIA

II. EL MARCO NORMATIVO DE ESTE NUEVO MODELO DE JUSTICIA: ANTECEDENTES Y REGULACION ACTUAL.

La Directiva 2012/12 /UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25-10-2012 vino a sustituir a la Decisión Marco 2011/220 y en el artículo 12.1 se estipula que “Los Estados Miembros adoptarán medidas para proteger a la víctima contra la victimización secundaria o reiterada, la intimidación o las represalias, medidas que se aplicarán cuando se faciliten servicios de justicia reparadora. Como así se desprende de esa regulación, la Directiva se adscribe al denominado modelo habilitante en la medida en que ni circunscribe la derivación a las técnicas restaurativas a determinados injustos penales ni tampoco introduce una prohibición apriorística de derivación para determinados tipos penales. Lo máximo que establece el artículo 12.2 es que “los Estados Miembros facilitarán la derivación de casos, si procede, a los servicios de Justicia Reparadora, incluso mediante el establecimiento de procedimientos u orientaciones sobre las condiciones de tal derivación”. Y así, **el considerando 46 de la Directiva menciona “como criterios a tener en cuenta para la derivación judicial”** en aras a garantizar la autonomía de la voluntad de la víctima y evitar una nueva victimización: la naturaleza y gravedad del delito, el grado del daño causado, la violación repetida de la integridad física, sexual o psicológica de una víctima, los desequilibrios de poder y la edad, madurez o capacidad intelectual de la víctima.

Nuestro marco normativo fija los límites de la mediación y en nuestro Ordenamiento Jurídico el modelo vigente podríamos definirlo como habilitante tras la Directiva 2102/29 UE, esto es, se permite la mediación o cualquier otra modalidad restaurativa. Supone por tanto un apoyo decidido a la mediación al estimar toda infracción penal como potencialmente mediable, con la única excepción de la violencia de género. Ello no obstante, a falta de una regulación legal específica de la mediación penal, resulta fundamental la articulación de protocolos de actuación que faciliten la actuación coordinada del sistema judicial (Juez y Ministerio Fiscal) con los Servicios de

LA MEDIACION PENAL Y LA JUSTICIA RESTAURATIVA: UN NUEVO MODELO DE JUSTICIA

Mediación; protocolos que permitirán fijar las pautas de derivación de los casos judiciales al servicio de mediación y articular así el modo en que los acuerdos que se alcancen entre víctima e infractor serán recibidos en el proceso penal.

En nuestro Ordenamiento Jurídico interno La Ley 4/2015 de 27 de abril ha venido a implementar las previsiones contenidas en la Directiva, **y así el artículo 15.1 del Estatuto** de la Víctima establece que “las víctimas podrán acceder a servicios de Justicia Restaurativa, en los términos que reglamentariamente se determinen, con la finalidad de obtener una adecuada reparación material y moral de los perjuicios derivados del delito y cuando se cumplan los siguientes requisitos:

- A.- Que el infractor haya reconocido los hechos esenciales de los que deriva su responsabilidad.
- B.- Que la víctima haya prestado su consentimiento, después de haber recibido una información exhaustiva e imparcial sobre su contenido, sus posibles resultados los procedimientos existentes para hacer su cumplimiento;
- C.- Que el infractor haya prestado su consentimiento;
- D.- Que el procedimiento de mediación no entrañe un riesgo para la seguridad de la víctima, ni exista el peligro de que su desarrollo pueda causar nuevos perjuicios materiales o morales para la víctima;
- E.- Y que no esté prohibida por la Ley para el delito cometido.

La Ley del Estatuto de la Víctima viene a reproducir el contenido de la Directiva aunque con dos excepciones: 1ª) incurre en una equívoca confusión entre el modelo de justicia restaurativa y la mediación; 2ª) la previsión de la existencia de prohibiciones normativas de derivación, lo que supone un expreso reenvío a la prohibición de mediación (pero no de otras técnicas restaurativas) en los asuntos competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer (artículo 87 ter 5 de la L.O.PJ). Resulta necesario hacer una somera referencia a la diferencia sustancial entre la mediación y el resto de técnicas restaurativas – círculos y las conferencias- y que no es sino que la mediación articula un proceso comunicativo entre la víctima y el investigado, mientras que las otras técnicas restaurativas aseguran la integración en ese proceso

LA MEDIACION PENAL Y LA JUSTICIA RESTAURATIVA: UN NUEVO MODELO DE JUSTICIA

comunicativo de otros participantes como los familiares, los agentes sociales, los operadores jurídicos y otros agentes públicos.

Ahora bien, a pesar de la parca regulación de este nuevo modelo de justicia que se impone en nuestra sociedad, el sistema de defensa de la víctima aparece perfilado por el legislador de forma dispersa tras la reforma operada por la L.O. 1/ 2.015, y así en el artículo 91.2 del Código Penal se contempla la participación del autor de un delito en programas de reparación del daño para el adelantamiento de los cómputos de la libertad condicional de 90 días por año efectivamente cumplido; igualmente, en el artículo 88 del Código Penal se establece esa participación como requisito para la sustitución de la pena de prisión por la de multa o trabajos en beneficio de la comunidad. También en el ámbito de la Jurisdicción de Menores la mediación se regula en el artículo 19 de la L.O. 5/2000 reguladora de la responsabilidad penal de los menores, contemplando la conciliación y la reparación directa e indirecta, atendiendo a la existencia de un delito menos grave o falta (hasta la entrada en vigor de la L.O. 1/ 2.015), la gravedad y circunstancias del hecho y del menor, en particular la ausencia de violencia o intimidación graves, que el menor se haya conciliado con la víctima o que haya asumido el compromiso de reparar el daño causado por el delito, o que se haya comprometido a cumplir cualquier actividad educativa propuesta por el Equipo Técnico en su informe.

Volviendo de nuevo a la tan mentada Directiva europea 29/2.012/UE podemos afirmar sin duda que con su publicación se ha pretendido concienciar a los operadores jurídicos de la consolidación de la institución, pero lo cierto es que únicamente puede predicarse esa tan ansiada consolidación de la Justicia Restaurativa desde un punto de vista meramente programático, sin embargo la realidad es otra distinta y la Justicia Restaurativa presenta un desarrollo desigual entre los distintos Estados, y así a diferencia de algunos Estados europeos- los anglosajones fundamentalmente- en nuestro país hay que lamentar el tímido o escaso impulso por parte de los poderes públicos hacia la Justicia Restaurativa y la mediación penal, aparte del limitado alcance de las experiencias desarrolladas- atribuible en parte a la inexistencia de una regulación legal-. Nuestro Código Penal hace referencia a los

LA MEDIACION PENAL Y LA JUSTICIA RESTAURATIVA: UN NUEVO MODELO DE JUSTICIA

procesos de mediación y sin embargo, no contiene una regulación específica de la institución e incluso el legislador ha sembrado con su pasividad cierta confusión en los operadores jurídicos contribuyendo con ello a la desconfianza en la utilización de esta nueva herramienta o metodología, puesto que la ausencia de homogeneidad y la falta de dotaciones presupuestarias para el desarrollo de la institución ha contribuido a esa falta de consenso en la profesionalidad de la institución.

Ya en su día **el Magistrado D. Ramón Sáez Rodríguez**, tras analizar las memorias e informes de las experiencias desarrolladas en España, concluyó que la desnivelada implantación de la mediación penal en España evidenciaba el desigual grado de interés institucional por divulgarla y fomentarla y situaba la ausencia de normativa específica en parámetros gravemente incomprensibles en un Estado de Derecho que pretende estar a la vanguardia de los demás estados miembros de la Unión Europea.

III. CONEXIÓN DE LA MEDIACIÓN CON EL SISTEMA JUDICIAL PENAL:

La conexión de la mediación penal con nuestro sistema judicial penal se ha enfrentado desde el principio con poderosos enemigos dificultándose tanto el proceso de implantación como el de consolidación de la institución. Ante tales adversidades la consolidación definitiva de la Mediación Penal en nuestro sistema judicial debe asumir el reto de empoderarse ante esas voces críticas o escépticas procedentes fundamentalmente de los operadores jurídicos, lo que sin duda se proyecta a la ciudadanía impidiendo de este modo que pueda conocerse y aceptarse este nuevo modelo de Justicia. No debemos olvidar que el modelo de Justicia Restaurativa está insertado en el Estado de Derecho actual y por tanto, forma parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías; **la mediación penal debe incorporarse a nuestro sistema de justicia como una herramienta más al servicio de los ciudadanos; y por tanto**, la eficacia de este nuevo modelo de Justicia va a requerir de la comprensión por parte de todos los

LA MEDIACION PENAL Y LA JUSTICIA RESTAURATIVA: UN NUEVO MODELO DE JUSTICIA

operadores jurídicos, lo que implicará el tener que explicar las razones y el contenido de esa falta de consenso respecto a esta nueva forma de administrar Justicia, rescatándose el valor de la mediación por los beneficios que proporciona tanto a la víctima como al infractor, e incluso a la propia sociedad puesto que a través de ella no se persigue debilitar la respuesta penal sino fortalecer el sistema de Justicia existente al aumentar las posibilidades de que la persona infractora pueda reintegrarse socialmente, disminuyendo la delincuencia y garantizando la reparación de la víctima.

Sin esa comprensión del proceso de mediación por parte de todos los operadores jurídicos implicados, en especial Jueces, Letrados de la Administración de Justicia, Fiscales y Abogados, resultará previsible el fracaso del paradigma restaurativo en la Justicia Penal. Particularmente en esta labor de concienciación, debemos demandar una mayor implicación de la Fiscalía en relación con la implementación, desarrollo y trascendencia jurídica de los procesos de mediación penal. La percepción que tenemos algunos Jueces y Magistrados sobre la aplicación real de la mediación penal en la práctica forense es que la mayor parte de las objeciones e impedimentos provienen del Ministerio Fiscal y de una gran parte de la Abogacía. Resulta lamentable que tengamos que hablar de una aplicación real deficiente de la mediación penal porque el Ministerio Fiscal no se implica, porque no hay voluntad alguna, o porque no colabora o depende tan solo del voluntarismo de algunos Fiscales y porque además las instrucciones que imparten no favorecen el acuerdo de reparación, o bien no existen criterios uniformes sobre la forma de articular el acuerdo de reparación, en orden a las consecuencias procesales subsiguientes; por no decir que la desinformación lleva en multitud de ocasiones tanto al Ministerio Fiscal como a algunos Abogados a desnaturalizar la institución al confundirla con la conformidad privilegiada prevista en el trámite de juicios rápidos o con la ordinaria del artículo 784.3 de la LECrim. Esa falta de implicación de la Fiscalía se transmite por supuesto a aquel sector de la Abogacía más reacio y reticente que no se cansa de banalizar la institución impidiendo su desarrollo y aplicación aun en aquellos supuestos en los que se ha seleccionado y derivado de oficio un asunto al espacio de mediación.

LA MEDIACION PENAL Y LA JUSTICIA RESTAURATIVA: UN NUEVO MODELO DE JUSTICIA

Cierto es que la Mediación Penal en nuestro sistema de Justicia no va a solucionar todos los problemas existentes pero ello no justifica que sigan manteniéndose esas reticencias y objeciones a este nuevo modelo de Justicia y que siga perpetuándose esa postura inmovilista puesto que en el ámbito europeo se han analizado las prácticas restaurativas desarrolladas y se han extraído conclusiones positivas de sus resultados, al igual que así se han obtenido de los resultados de las múltiples experiencias pilotos desarrolladas en los diferentes Juzgados o Tribunales de nuestro territorio nacional. No podemos olvidar que **todos los operadores jurídicos, y particularmente, los poderes públicos tienen plena responsabilidad en la consecución de una Administración de Justicia de Calidad** y precisamente los ítems de esa calidad deben contemplarse tanto desde el cumplimiento de la normativa nacional como de la comunitaria en lo referente al cumplimiento de las garantías de los derechos de las víctimas y de los investigados o encausados.

Como ha dicho el Magistrado D. Pascual Ortuño en su libro “Justicia sin Jueces” “la Justicia ya ha dejado de ser en las sociedades actuales un monopolio gestionado en exclusiva por los Tribunales porque en nuestro sistema de Justicia han irrumpido cada vez con más fuerza los métodos alternativos de solución de conflictos (ADR); y es que la Justicia Restaurativa y el desarrollo de la Mediación Penal implica repensar los fines del sistema penal y el papel y prácticas que venían desempeñando los operadores jurídicos, inmersos todos ellos en una cultura puramente punitiva.

Llegados a este punto y una vez expuestos en el apartado I de esta ponencia los factores que han contribuido a la incorporación a nuestro sistema de Justicia los principios de la Justicia Restaurativa, es preciso analizar **cuáles son los principales motivos por los que no logra consolidarse definitivamente la institución en nuestro sistema de Justicia:**

1º- En primer término, **la inexistencia de una Ley** que discipline la mediación penal constituye el principal factor. El estatuto de la Víctima, aprobado pro la L.O. 4/2.015 ha

LA MEDIACION PENAL Y LA JUSTICIA RESTAURATIVA: UN NUEVO MODELO DE JUSTICIA

sido decisivo para la expansión progresiva de la JR y de la mediación penal. Precisamente por ello y desde su entrada en vigor, el legislador viene obligado a poner fin a la anomia legislativa en materia de mediación penal y debe abordar con urgencia la modificación de la LECRim para integrar los nuevos conceptos y principios que inspiran la JR y que sin embargo se vienen aplicando en muchos Juzgados y Tribunales a través de los Protocolos de actuación homologados por el C.G.P.J.

Para que la mediación penal pueda llegar a ser una realidad consolidada y que la misma integre un nuevo modelo de justicia Penal es preciso una urgente revisión de las normas procesales y sustantivas que le den cobertura plena e integral, y sólo entonces podrá eliminarse de una vez por todas esa desigual y fragmentaria aplicación de la mediación penal a través de esas experiencias pilotos desarrolladas en todo el ámbito nacional mediante la aplicación de los correspondientes Protocolos de Actuación. No puede pasar inadvertido el hecho de que nuestra LECrim no contempla los modos de implementación de los acuerdos de reparación alcanzados entre víctima y victimario, lo que sin duda permite a buena parte de los operadores jurídicos justificar su postura inmovilista por la desconfianza que suscita el ignorar como se gestiona procesalmente ese acuerdo de reparación para que la mediación penal pueda desplegar sus consecuencias jurídicas tanto para la víctima como para el victimario.

2º.- En segundo lugar, y como motivo que impide esa consolidación debemos mencionar **aquellas voces críticas o escépticas de los distintos operadores jurídicos que tratan de desarticularla o desnaturalizarla banalizando la institución al recurrir a criterios utilitaristas**. En el borrador del proyecto del Código Procesal Penal, y concretamente en su Exposición de Motivos se alude a la Justicia Restaurativa y ésta se concibe no como un sustituto de los tradicionales fines de la Justicia Penal, sino como el complemento necesario del que deben extraerse todas sus capacidades y sin dejarla vinculada al principio de oportunidad ni al instituto de la conformidad o a criterios utilitaristas o a la delincuencia del menor; ni toda mediación ha de terminar en la aplicación del principio de oportunidad o en una conformidad, ni éstas reclaman necesariamente una mediación previa, sino que en la JR la víctima siempre adquiere, voluntariamente, un singular protagonismo.

LA MEDIACIÓN PENAL Y LA JUSTICIA RESTAURATIVA: UN NUEVO MODELO DE JUSTICIA

3º.- Ha influido igualmente para impedir esa consolidación **nuestra evolución jurídica y la ausencia de ciertas sensibilidades en buena parte de los operadores jurídicos**; y por supuesto, no menos importante es **la educación de la sociedad** para que acepte los principios de la Justicia Restaurativa.

4º.- Ha influido y sigue influyendo de forma decisiva y determinante **la falta de implicación de las distintas Administraciones Públicas, y por supuesto, la escasez y en algún caso la inexistencia total y absoluta de recursos económicos para el desarrollo de los programas y para poder velar por el cumplimiento de los principios restaurativos en los mismos**. No puede dejar de mencionarse como factor decisivo que impide la consolidación de la institución **las desigualdades existentes en la implantación de los servicios públicos de mediación en los distintos territorios** y, por consiguiente, ello se traduce en el desigual acceso a la mediación penal por parte de la ciudadanía.

5º.- Impiden igualmente esa consolidación, tal y como así se ha indicado anteriormente, **la inexistencia de una participación activa del Ministerio Fiscal** en el proceso de mediación y la ausencia de inclusión del paradigma restaurativo en la **formación de todos los operadores jurídicos**.

6º.- **La trivialización del proceso de formación de los profesionales de la mediación también es un factor decisivo** porque si cunde el desprestigio de esa profesión ello repercutirá muy negativamente en el proceso del desarrollo de esta nueva metodología o herramienta que pretende humanizar el proceso penal y ello implicará un retroceso en la implantación efectiva de este nuevo modelo de Justicia. **La falta de criterios homogéneos para la capacitación profesional de los profesionales de la mediación y la necesidad de una mayor formación** se imponen como necesidades imperantes para lograr ese desideratum de consolidar de forma efectiva la mediación penal

7º.- Y por último, **influye de forma negativa la falta de estímulos e incentivos para el uso de la mediación por parte de los Jueces, de los operadores jurídicos y de los ciudadanos**.

LA MEDIACION PENAL Y LA JUSTICIA RESTAURATIVA: UN NUEVO MODELO DE JUSTICIA

Teniendo en cuenta lo expuesto anteriormente, sería deseable que el legislador acometiese una regulación integral de la mediación que trascendiese de esas puntuales reformas introducidas hasta la fecha con una mera finalidad incentivadora y que se acometiese el desarrollo de políticas públicas capaces de crear un sistema que garantice el acceso de los ciudadanos a la Justicia, con una implicación real, efectiva y coordinada de las instituciones responsables de la mediación y con un mayor compromiso con la mediación tanto por parte de los miembros de la carrera judicial como Fiscal, como de las Administraciones Públicas competentes – tal y como así se ha señalado en las propuestas del Documento presentado por el C.G.P.J. 22/01/2.019, Diez realidades-Diez propuestas-.

Es más, con motivo de la reciente celebración del Día Europeo de la Mediación el día 21-01-2.021, el CGPJ ha emitido un comunicado reiterando su compromiso para seguir impulsando la mediación como medio alternativo de resolución de controversias, y una vez más el órgano de gobierno de los Jueces reitera que la Mediación es Justicia, una nueva vertiente del derecho de acceso a la Justicia y que por ello incumbe a todos los integrantes de la Carrera Judicial; alude además ese comunicado a un proyecto muy ambicioso al manifestar que “ uno de los desafíos del Servicio Público de la Justicia es el de mejorar el acceso a un sistema apropiado de resolución de controversias sin restringir el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y el acceso a la Justicia; garantizar tal sistema se ha convertido en una nueva vertiente o dimensión del Derecho de acceso a la Justicia en el marco del espacio de libertad, seguridad y Justicia de la Unión Europea, y es por tanto, una obligación de las Administraciones Públicas del Estado Español, teniendo en cuenta que el derecho de acceso a la Justicia no solo abarca la vía judicial sino también los métodos extrajudiciales, intra judiciales o intra procesales de resolución de litigios”.

LA MEDIACION PENAL Y LA JUSTICIA RESTAURATIVA: UN NUEVO MODELO DE JUSTICIA

IV. CRITERIOS A TENER EN CUENTA A LA HORA DE DERIVAR AL ESPACIO DE MEDIACION. PARTICULAR MENCION A DETERMINADAS SITUACIONES SUSCEPTIBLES DE MEDIACION

Como regla general un procedimiento penal es susceptible de ser derivado a mediación siempre que existan dos partes identificables: una víctima y un infractor. En principio, ningún tipo de delito puede quedar descartado a priori de la mediación, salvo aquellos que den lugar a una situación de desequilibrio entre las partes (por ejemplo, abuso sexual a un menor).

1. **Primer criterio:** Habrá que atender a las circunstancias concretas de cada caso, y sobre todo, a las disposición emocional de las partes para poder someterse a la mediación, de ahí que resulte fundamental no sólo lo manifestado por ellas en la denuncia, atestado o querrela, sino que se erige en piedra angular de ese proceso la formación de la voluntad de las partes y en la que se atisbará esa disposición emocional; resultará decisivo lo que una y otra manifiesten ante el Juez Instructor o Juzgador cuando reciban esa primera información escueta del contenido y alcance del proceso de mediación.

La idoneidad de un procedimiento para ser derivado a mediación no dependerá de su calificación jurídico penal, salvo que así lo disponga la Ley o entren en juego intereses generales. Y así, la gravedad del hecho conforme a las normas del Código Penal no tiene porque coincidir con la gravedad percibida subjetivamente, de tal forma que la gravedad del hecho no puede ser nunca de forma apriorística un criterio de idoneidad o inidoneidad para el proceso de mediación; ni todos los delitos graves deben quedar excluidos ab initio, ni todos los leves son idóneos.

2. **Segundo Criterio:** Atender a las condiciones subjetivas de las personas que protagonizarán la resolución mediada, tanto en función de sus diversas capacidades personales como de la situación coyuntural en que se encuentren.

LA MEDIACION PENAL Y LA JUSTICIA RESTAURATIVA: UN NUEVO MODELO DE JUSTICIA

3. Tercer Criterio: Atender a la significación subjetiva del hecho y al margen de su calificación jurídico-penal. La infracción penal debe tener un componente personal relevante para poder derivar a mediación.

4. Cuarto Criterio: Otro indicador lo constituye el hecho de que en función de lo constatado en el procedimiento penal pueda concluirse que existe un fundamento suficiente de culpabilidad, esto es, que el investigado o encausado no base su defensa en la negación de los hechos, sino en otros aspectos del conflicto, o lo que es igual, resulta necesario que el investigado admita su autoría.

5. Quinto criterio: Será igualmente un ítem a valorar el que exista una predisposición inicial de las partes a buscar un acuerdo y que así se evidencie de lo manifestado en la denuncia o atestado o en una fase más avanzada del procedimiento penal.

Debe apreciarse la susceptibilidad del hecho y de las partes para que el conflicto subyacente deba ser solucionado con carácter más estable, de tal forma que a través de la mediación se pueda prevenir que surjan nuevos conflictos en el futuro.

6. Sexto criterio: Que se trate de tipos delictivos que sean perseguibles a instancia de parte. (la mayoría de los delitos leves y otros menos graves entre los que pueden mencionarse el delito de injuria y calumnia y los delitos de descubrimiento y revelación de secretos – artículos 197 a 201 del Código Penal-) .

7. Séptimo criterio: Atender a las relaciones conflictivas entre las partes y al hecho de que existan varias denuncias entre ellas y a la importancia de que las relaciones se resuelvan para que no vuelva a plantearse el conflicto.

8. Octavo criterio: La necesidad o conveniencia de garantizar el mantenimiento de las relaciones, incluso de mejorarlas (sobre todo, cuando nos hallamos ante supuestos de violencia doméstica y de cara a mejorar las relaciones paterno filiales).

LA MEDIACION PENAL Y LA JUSTICIA RESTAURATIVA: UN NUEVO MODELO DE JUSTICIA

9. Noveno criterio: Cuando exista una imperiosa necesidad de decidir de forma urgente y que no haya transcurrido mucho tiempo desde que sucedieron los hechos.

10. Décimo criterio: Previsión de que el cumplimiento de la pena prevista legalmente y el de la reparación económica es poco posible o va a tener poca utilidad, así como cuando el conflicto jurídico es secundario.

11. Decimoprimer criterio: En aquellos supuestos en que pueda apreciarse una victimización intensa y convenga derivar a mediación.

Por el contrario, será conveniente no derivar a mediación en los siguientes supuestos:

1º.- Cuando estén involucrados derechos o intereses que son indisponibles para las partes en conflicto.

2º.- Cuando existan grandes desequilibrios de poder entre las partes o en situaciones de incapacidad o minoría de edad de una de las partes.

3º.- Cuando exista un alto nivel de hostilidad.

4º.- Cuando exista una actitud de desconfianza hacia la figura del mediador.

5º.- Cuando el conflicto subyacente afecte a cuestiones que se presentan como innegociables para las partes (la moral, religión....)

6º.- Y por último, cuando falte por completo el compromiso en la resolución del conflicto.

LA MEDIACION PENAL Y LA JUSTICIA RESTAURATIVA: UN NUEVO MODELO DE JUSTICIA

La Directiva 2012/29 UE no contiene una prohibición apriorística de la Justicia Restaurativa para ningún delito (artículo 12). Si ello es así, ¿cuál es la razón por la que algunos operadores jurídicos consideran que deben excluirse de la mediación determinados delitos calificados como graves si en relación con esos supuestos, en ocasiones, pudiese no apreciarse un evidente desequilibrio entre víctima e infractor? .

A) ¿Debe primar en estos supuestos graves la necesidad del Estado del mantenimiento del orden social a través del ius puniendi dada la importancia del bien jurídico que se protege, o bien, debe permitirse que sea la víctima quien decida conforme a lo que prevé el artículo 15 apartado b) de la LEOV?

Si partimos del criterio no exclusivo permitiendo que sea la víctima quien decida habrá que cerciorarse de que, a pesar de la gravedad del hecho delictivo, la voluntad de la víctima de participar en el proceso de mediación se ha formado libre y conscientemente; comprobación ésta que únicamente podrá realizarse después de haberse dispensado la información necesaria tanto por el Juez como por el Servicio de Mediación Penal, cumpliendo los presupuestos necesarios para garantizar el principio de la libre voluntariedad de las partes, lo que sin duda, supondrá que, en principio, el Ministerio Fiscal nunca podría oponerse a la derivación de oficio acordada en estos supuestos en que víctima e investigado así lo manifiesten, aunque sí podrá formular objeciones si a su juicio concurren circunstancias que inducen a creer que no existe simetría en la formación de la voluntad de la víctima e incluso podrá invocar la existencia de ese riesgo de que la víctima no disponga de un asesoramiento jurídico independiente como el que sí presta al investigado el Letrado designado de oficio o bien el designado particularmente; circunstancias éstas que el Ministerio Fiscal habrá de relacionar detalladamente para que el Juez o Tribunal, en vista de su argumentación, pueda reevaluar esa situación y decidir si debe proseguir o no la derivación, aunque lógicamente si el Ministerio Fiscal continuase formulando su oposición a la derivación, ello implicará que no estará dispuesto a apreciar el beneficio penológico previsto (atenuante de reparación del daño), de tal forma que la mediación únicamente podría continuar si las partes persisten en ello por los beneficios que pudieran reportarles esos encuentros individuales o conjuntos desde el punto de vista

LA MEDIACION PENAL Y LA JUSTICIA RESTAURATIVA: UN NUEVO MODELO DE JUSTICIA

emocional; y por tanto, asumiendo ambas el riesgo de tener que acudir a un juicio en el que la acusación pública no solicitará la aplicación de la atenuante de reparación del daño.

Ahora bien, en estos supuestos en que el Ministerio Fiscal no estuviese dispuesto a valorar penológicamente el acuerdo de reparación conseguido en el espacio de mediación, cabe preguntarse si es posible que finalmente el Tribunal sentenciador pueda o no apreciar esa circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal que le sea invocada no sólo por la defensa del acusado sino también por la propia víctima, si ésta ratifica en el plenario ese acuerdo de reparación y manifiesta expresamente que está de acuerdo en que se aprecie la atenuante al considerarse reparada material y emocionalmente. La respuesta a esta interrogante dependerá de que se cumplan las circunstancias requeridas para la apreciación de cualquier circunstancia modificativa, y lógicamente debemos tener presente que para poder ser apreciada por el Juzgador o Tribunal tendrá que haberse cumplido íntegramente el Acuerdo – tanto en lo referente a la reparación económica como en lo emocional-, puesto que sólo entonces podrá decirse que efectivamente existe una reparación y que la misma no queda diferida a otro momento ulterior que pudiese comprometer la posición de igualdad o simetría entre las partes.

B) Especial mención requiere la mediación en los delitos susceptibles de enjuiciamiento Rápido.

En principio, no todos los delitos que reúnan los requisitos del artículo 795 de la LECrim serán idóneos para ser remitidos a mediación penal. El enjuiciamiento rápido permite llegar a la decisión judicial, esto es, a la imposición de la pena o no, con gran inmediatez respecto al hecho delictivo, lo que en principio no permitiría acordar la derivación por inidoneidad. Pero debemos tener presente que la mediación penal puede aportar en estos supuestos un modo de resolver el conflicto de forma más estable y profunda, o lo que es igual, en estos casos el diálogo entre víctima e infractor puede producir un efecto pacificador que no se lograría con un enjuiciamiento rápido. Es por ello que si el detenido, investigado o encausado, asistido de Letrado, muestra su conformidad con los hechos y además desea desarrollar un proceso de mediación,

LA MEDIACION PENAL Y LA JUSTICIA RESTAURATIVA: UN NUEVO MODELO DE JUSTICIA

manifestando igualmente su parecer favorable la víctima, el Juez Instructor, oídas las partes y el Ministerio Fiscal, podría resolver acordar la transformación del procedimiento de diligencias urgentes en diligencias previas y derivar el caso a mediación, mediante la aplicación de lo dispuesto en el artículo 798.2.2º de la LECrim.

C) Otras situaciones que merecen una detenida reflexión son los delitos de violencia doméstica y los delitos de violencia de género:

a) Los delitos de violencia doméstica se caracterizan generalmente por las enormes dificultades de que las partes quieran que el procedimiento penal continúe, dado que los vínculos existentes entre ellas hace que en numerosas ocasiones la víctima renuncie al ejercicio de la acción penal y civil dimanante del hecho delictivo, si bien el conflicto subyace a pesar de que el procedimiento penal pueda finalizar ab initio ante la facultad de la víctima de acogerse a su derecho a no declarar en contra del familiar- al amparo del artículo 416 LECR- y el derecho del investigado de no prestar declaración. En estos supuestos la mediación permitirá dar solución a un conflicto personal, a través de recíprocos compromisos que las partes deben asumir voluntariamente.

b) En relación con los delitos de violencia de género, el artículo 44 de la L.O 1/2004 sobre medidas de protección integral contra la violencia de género enumera los supuestos de competencia de los Juzgados de Violencia de Género en el orden penal y civil, y en el apartado 5 establece que **“en todos estos casos está vedada la mediación”**.

Pese a esa prohibición legal absoluta, considero que la misma es más que cuestionable pues si la mediación apareciese correctamente enfocada y manejada por expertos conscientes de la eventual asimetría de la relación o situación de desigualdad, tratándose siempre de supuestos de delitos de micro-violencia machista, e insisto en el carácter puntual y aislado de estos supuestos en la relación de pareja,

LA MEDIACION PENAL Y LA JUSTICIA RESTAURATIVA: UN NUEVO MODELO DE JUSTICIA

deberíamos preguntarnos si no deberíamos mirar más hacia el conflicto y las necesidades e intereses de las partes para poder abordar el complejo conflicto violento generado en el ámbito de la pareja, y ello en vista de que la aplicación de las penas previstas legalmente no frena este tipo de conductas y sobre todo, debemos valorar que el legislador no ha prohibido el uso de otras técnicas restaurativas distintas a la mediación penal en los asuntos de violencia de género.

V.- CONSECUENCIAS JURIDICAS DEL ACUERDO DE REPARACION ALCANZADO EN EL ESPACIO DE MEDIACIÓN.

Si atendemos a los principios que inspiran y conforman nuestro proceso penal, la incorporación del acuerdo de reparación logrado en el espacio de comunicación entre víctima e infractor puede generar en nuestro procedimiento penal las siguientes consecuencias jurídicas:

1ª.- Cierre anticipado del procedimiento tratándose de delitos leves.

2ª.- Imposición de una pena atenuada.- aplicación de la atenuante de reparación del daño como simple o como muy cualificada (artículo 21.5ª C.P.)

3ª.- Imposición de penas no privativas de libertad (artículo 84 del C.P.).

4ª.-Fijación de modelos de inejecución de la pena de prisión.

En fase de ejecución, la mediación puede ser valorada de cara a la suspensión de la ejecución de la pena de prisión (**artículos 80 y siguientes del Código Penal**), pudiendo imponerse el cumplimiento del acuerdo de reparación al que se hubiese llegado como condición a satisfacer durante el período de suspensión de la ejecución de la pena de prisión. Además la mediación puede ser tenida en cuenta a la hora de emitir informes favorables al indulto.

LA MEDIACION PENAL Y LA JUSTICIA RESTAURATIVA: UN NUEVO MODELO DE JUSTICIA

En nuestra legislación penal de adultos no se regula la mediación **y tan sólo podremos otorgarle eficacia a través de ciertos instrumentos, como puede ser el perdón del ofendido-** cuando así esté previsto por la Ley como ocurre en los delitos leves y menos graves perseguibles a instancia de parte. En el marco de los delitos leves, el acuerdo de reparación logrado en el espacio de mediación puede justificar que el Juez de Instrucción acuerde el sobreseimiento y el archivo de las diligencias siempre que, tratándose de delitos leves públicos o semipúblicos con víctimas menores de edad, discapacitadas o desvalidas, se cumplan los requisitos previstos en los artículos 962.1 y 963.1 de la LECRim: a) cuando así lo solicite el Ministerio Fiscal; b) cuando el delito leve denunciado resulte de muy escasa gravedad, a la vista de la naturaleza del hecho, sus circunstancias y las personales del autor; y c) cuando no exista un interés público relevante en la persecución del hecho (en los delitos leves patrimoniales se presume cuando se hubiere procedido a la reparación del daño y no exista denuncia del perjudicado).

Podrá cerrarse igualmente de forma anticipada el proceso penal cuando nos hallemos ante delitos semipúblicos sufridos por víctimas mayores de edad y la víctima confiera el perdón en el acta de reparación o tras la misma, en cuyo caso y sin necesidad de petición del MF se acordaría sin más la extinción de la responsabilidad criminal al amparo del artículo 130.5 del CP.

También puede suceder que en un proceso por delito menos grave o grave, si se llega a un acuerdo durante la fase de instrucción, el MF puede tenerlo en cuenta a la hora de elaborar su escrito de acusación y de solicitar una pena más atenuada (apreciándose la atenuante de reparación del daño como simple o como muy cualificada), pudiendo llegarse a un conformidad en función de la mediación y del acuerdo de reparación alcanzado (artículo 784.3 LECrim), e incluso tras el auto de apertura del juicio oral (artículo 787).

De igual forma, cuando las actuaciones penales se encuentren a disposición del órgano competente para el enjuiciamiento, el Juez de lo Penal o el Tribunal, una vez examinadas las actuaciones, ya sea de oficio o por iniciativa del Ministerio Fiscal o

LA MEDIACION PENAL Y LA JUSTICIA RESTAURATIVA: UN NUEVO MODELO DE JUSTICIA

de cualquiera de las partes, podrá valorar la conveniencia de derivar al espacio de mediación en esta fase de enjuiciamiento, y de estimarlo conveniente, así lo acordará en resolución judicial, en cuyo caso convocará a las partes y a sus respectivos Letrados a fin de informarles de esa decisión y de que manifiesten su parecer, puesto que sólo ellas podrán decidir finalmente si quieren que el procedimiento se derive a mediación. Si las partes prestasen su consentimiento a la derivación, y el proceso de mediación culminase con un acuerdo de reparación, en este caso el Ministerio Fiscal, el Abogado del acusado y, en su caso, el Abogado de la Víctima, podrán comunicar al Juez o Tribunal que se ha alcanzado una conformidad presentando un escrito conjunto firmado por todos ellos. Siendo ello así, el Juez o Tribunal celebrará un juicio de conformidad, desconvocando, si procediese, a los peritos y testigos que hubiesen sido citados como medios de prueba. En este juicio de conformidad se podrá aportar el acuerdo de reparación para que sirva de fundamento a los pronunciamientos que se contengan en la sentencia.

En definitiva, en aras de poder conseguir una debida protección y garantía del derecho fundamental a una tutela judicial efectiva (artículo 24 CE) resulta imperiosa la necesidad de abordar con urgencia las reformas sustantivas y procesales necesarias para poder diseñar un modelo de Justicia Penal que permita la implementación de la Mediación Penal desde la perspectiva de los derechos que rodean al proceso. Nuestro proceso penal debe desarrollarse siempre manteniendo el equilibrio entre los derechos de las partes que intervienen en el mismo para así poder encaminarse hacia la búsqueda de esa verdad material que no siempre se consigue en nuestro sistema de justicia, y por ello en multitud de ocasiones el sistema penal genera un intenso sufrimiento a quienes intervienen en él y poco o nada repara; debemos contemplar por tanto la mediación penal como una forma más de prestar esa tutela judicial efectiva al ciudadano. Como ha dicho en multitud de ocasiones el Profesor y Mediador D. Julián Ríos **“con la mediación penal no se persigue demoler la Administración de Justicia, que tan necesaria es para la salvaguarda de derechos e intereses de todos los ciudadanos y de la convivencia, pero sí que se persigue con ella complementar la Administración de Justicia y humanizarla, dado que se trata de**

LA MEDIACION PENAL Y LA JUSTICIA RESTAURATIVA: UN NUEVO MODELO DE JUSTICIA

incorporar un instrumento a través del cual los seres humanos solucionamos nuestros conflictos a través del diálogo “.

VI. LA POSICIÓN DE LOS DISTINTOS OPERADORES JURIDICOS ANTE ESTE NUEVO MODELO DE JUSTICIA AL SERVICIO DE LOS CIUDADANOS

La mediación penal debe incorporarse de forma definitiva y perfectamente engarzada en nuestro sistema de Justicia como una herramienta más al servicio de los ciudadanos y para ello ha de analizarse el rol que deben asumir en el proceso penal, tanto antes como después de la derivación, los distintos operadores jurídicos:

1.- LA DERIVACION A MEDIACION POR PARTE DEL JUEZ:

Para poder abordar la compleja tarea consistente en la selección de casos y su derivación al espacio de mediación por parte del Juez o Tribunal debemos partir del análisis y reflexión de uno de los principios básicos que informan esta modalidad restaurativa: **“la voluntariedad de las partes”**.

El proceso de mediación requiere la participación libre, voluntaria e informada de las partes implicadas, esto es, de la víctima y de la persona infractora, pues de lo contrario, la derivación estaría abocada al fracaso. Será fundamental en esa labor de derivación de oficio tener la certeza de que ambas partes- víctima e infractor- prestan su consentimiento a participar después de haber sido debidamente informadas de sus respectivos derechos- tanto en el ámbito del proceso penal como en el del espacio de mediación-; información ésta atinente a la naturaleza del proceso de mediación y de las posibles consecuencias de la decisión que las partes implicadas pudieran adoptar en el mismo. Únicamente si existe esa libertad para decidir podrá afirmarse que puede aparecer en el infractor la responsabilización de su conducta, y en la víctima, la posibilidad de elaboración emocional de la situación traumática sufrida.

Precisamente uno de los mayores riesgos de esa labor de derivación lo constituye **la devaluación de la voluntariedad en la participación** y por tanto, resultará

LA MEDIACION PENAL Y LA JUSTICIA RESTAURATIVA: UN NUEVO MODELO DE JUSTICIA

fundamental y decisivo que el mediador informe a las partes de los derechos, obligaciones y consecuencias de su participación en el proceso de mediación, así como de su libertad para iniciar o abandonar el proceso en cualquier momento, sin que ello pueda tener consecuencias jurídicas para ellas. Esa información habrá de transmitirse por el mediador de forma amplia, detallada y comprensible, explicándoles los pasos que el proceso penal va a seguir si existe mediación y, también, en caso contrario, dado que las personas que se encuentran incursoas en el proceso penal mantienen un alto nivel de activación emocional y además de desconocer el funcionamiento del sistema suelen temer a las consecuencias de su intervención en el proceso. Debe insistirse en **la necesidad de un consentimiento válido y consciente**, lo que implicará que no exista un riesgo de victimización por temor a represalias, y también que no concurra una asimetría de posiciones entre las partes por abuso de poder por parte de alguna de ellas a la hora de realizar sus manifestaciones; y por otra parte, “la consciencia” exigirá que se facilite a las partes esa cumplida información sobre el alcance de la mediación, sus resultados y sobre los procedimientos de supervisión de los acuerdos que se alcancen.

Teniendo en cuenta la importancia de esa información y lo preceptuado en el artículo 15.1 a) y b) de la Ley del Estatuto de la Víctima, la primera cuestión a debatir es si constituye un requisito imprescindible para la derivación de oficio que esa información exhaustiva e imparcial sobre el contenido y los posibles resultados del proceso de mediación se realice por el Juez o Tribunal, o si será suficiente con que la misma se suministre por el Servicio o equipo de mediación en la primera sesión informativa.

Lo cierto es que esa libertad de participación en el espacio de mediación guarda una evidente relación directa con las garantías procesales de las partes implicadas en el proceso penal, de tal forma que ni la víctima ni el investigado o acusado pueden sufrir consecuencias jurídicas restrictivas de derechos por el inicio o abandono del proceso de mediación; o lo que es igual, el abandono del proceso de mediación por parte de la víctima únicamente podrá tener consecuencias en el plano emocional; en cambio, respecto del investigado o encausado, la cuestión es diferente, no sólo por las consecuencias jurídicas que se pueden generar, sino por la afectación a derechos fundamentales. Es por esa posible “afectación” a derechos fundamentales por lo que

LA MEDIACION PENAL Y LA JUSTICIA RESTAURATIVA: UN NUEVO MODELO DE JUSTICIA

considero que en tanto en cuanto el Ministerio Fiscal no asuma una participación activa en el proceso de mediación – tal y como así se contemplaba en el borrador del Código Procesal Penal (artículos 144 y 145) he de insistir en la conveniencia de recabar el parecer favorable de la víctima y del investigado en sede judicial y después de haber sido informados del motivo por el que el Juez considera idónea la selección de ese asunto en el que están inmersas para ser derivado al espacio de mediación. **La razón justificativa de esta primera información-** en la que a grandes rasgos se les informará del objetivo que se persigue con la derivación y de las ventajas que podría ofrecerles el resultado del proceso si culmina en un acuerdo de reparación- **no es otra que la de proporcionar mayor seguridad y confianza a las partes y a sus defensores**, de tal suerte que las partes, al prestar su consentimiento inicial ante el Juez que sugiere la derivación- y no ante una OAVD-, sabrán que se trata de una fase que se engarza en el procedimiento penal y que si llega a buen término integrará la respuesta judicial en ese procedimiento; sabrán además que ese mecanismo de solución del conflicto entre ellas cuenta con el apoyo de todos los operadores jurídicos que participan en el proceso penal, tanto del Juez como del Fiscal y del Letrado/a de la Administración de Justicia. En definitiva, resultará conveniente que el Juez que pretenda derivar informe, siquiera de forma escueta, del alcance del proceso de mediación y de sus posibles consecuencias tanto a la víctima como al infractor, lo que necesariamente debe traducirse en la correspondiente documentación judicial de ese parecer favorable de las partes, para seguidamente acordar la derivación al espacio de mediación mediante la oportuna resolución judicial.

Teniendo en cuenta la trascendencia de la decisión judicial de derivación a mediación, dado que la misma debe sustentarse en la libre voluntariedad de las partes y en la inexistencia de una asimetría entre ambas, considero que la forma que debe revestir esa resolución judicial ha de ser la de Auto. Esta resolución habrá de notificarse a las partes, a sus Letrados y al Ministerio Fiscal y en la misma se indicará al Servicio de Mediación el plazo del que dispondrá para el desarrollo de la mediación, sin perjuicio de que por circunstancias excepcionales éste pudiera verse ampliado. En cualquier caso, y con carácter previo a recabar ese consentimiento para participar en el proceso de mediación, el detenido, investigado o encausado deberá estar asistido de Letrado, ya sea por habersele designado de oficio o bien por haberlo designado él a título particular.

LA MEDIACION PENAL Y LA JUSTICIA RESTAURATIVA: UN NUEVO MODELO DE JUSTICIA

Una de las cuestiones que se han planteado en la práctica por algún operador jurídico **es si la víctima debe estar asistida de abogado** para poder consultar con él tanto la conveniencia o inconveniencia de su participación en el proceso de mediación, como respecto al contenido del acuerdo de reparación y de los términos en que debería ser redactado antes de proceder a su firma. La posición que se adopte respecto a concebir este asesoramiento jurídico previo como *conditio sine qua non* para la formación de la libre voluntad de la víctima será decisiva y trascendental para garantizar los derechos de las víctimas (tal y como así se reconocen en la LO del Estatuto de la Víctima). Pero también cabe preguntarse si resultará viable esta exigencia teniendo en cuenta los criterios restrictivos establecidos por la Administración en lo referente a la concesión del beneficio de justicia gratuita; esto es, mientras no se de cumplimiento íntegro a la efectividad de los derechos reconocidos en favor de las víctimas en la Ley Orgánica del Estatuto de la Víctima, ¿podrán acordarse derivaciones de oficio sin que ello implique una vulneración de derechos fundamentales?

Si contemplamos la exigencia de un asesoramiento jurídico previo como condición imprescindible para la formación de la libre voluntad en la víctima, la mediación quedaría completamente desarticulada y desnaturalizada en tanto no se aborden las reformas legales correspondientes en el ámbito de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita. Todos somos conscientes de que con carácter general las leyes se elaboran y se publican para su entrada en vigor sin que el legislador prevea la inmediata efectividad de las mismas a través de la correspondiente previsión de una dotación presupuestaria para su debido desarrollo y aplicación. Es esta la razón fundamental por la que mientras no se dé cumplida efectividad a las previsiones de la L.O. del Estatuto de la Víctima y mientras no se aborde una reforma integral de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, considero que en modo alguno ha de entenderse que se vulneran los derechos de la víctima por el hecho de que no le sea nombrado Letrado de oficio con carácter previo a ser recabado su consentimiento para participar en el espacio de mediación, sobre todo porque es responsabilidad de todos los operadores jurídicos otorgar carta de naturaleza a la mediación penal, siquiera sea a través de los correspondientes protocolos y como antesala de una futura regulación legal de esta institución.

LA MEDIACION PENAL Y LA JUSTICIA RESTAURATIVA: UN NUEVO MODELO DE JUSTICIA

Esa información inicial previa a la víctima por parte del Juez Instructor o Juzgador acerca del contenido del alcance del proceso de mediación vendría a garantizar la imparcialidad de esa información, información que sin duda completará posteriormente de forma mucho más exhaustiva y minuciosa el Equipo o Servicio de Mediación antes de recabar el oportuno consentimiento informado, con lo cual, no podría objetarse la inexistencia de la libre voluntariedad por parte de la víctima, quien sin duda podrá negarse ab initio y ante el Juez a participar en el proceso- antes de que se acuerde la derivación- e incluso posteriormente podrá hacerlo ante el Equipo de mediación y siendo ya firme el Auto de derivación. Es más, la víctima podría anunciar la intención de recurrir ese Auto incluso después de haberse documentado su decisión de participar en el espacio de mediación, lo que inevitablemente y por razones prácticas debería conducir a dejar sin efecto la derivación para evitar poner en marcha un proceso cuando una parte protagonista no está dispuesta a participar, y en este sentido el apartado 3 del artículo 15 de la LOEV establece ” **que la víctima y el infractor podrán revocar su consentimiento para participar en el procedimiento de mediación en cualquier momento**”.

Ello no obstante, si la víctima manifestase ante el Juez- en el instante en el que se recaba su consentimiento- que quiere ser asistida de un Letrado de oficio que garantice, en régimen de igualdad, su posición en el espacio de mediación, lógicamente considero que habría que designarle uno de oficio, no pudiendo el Ministerio Fiscal defender plenamente sus intereses en vista de que actualmente no participa en la redacción del acuerdo de reparación, sino que esa labor incumbe a los Letrados de las partes implicadas en el proceso de mediación. Esa petición de la víctima resultará determinante para que, de oficio, se recabe de forma inmediata la designación de un Letrado, sin perjuicio del resultado posterior en orden al reconocimiento o no del derecho a litigar gratuitamente. Será preciso por tanto que la Administración de Justicia regule de una vez por todas de forma unitaria e integral todas estas situaciones que requieran de intervención de Letrado de oficio, lo que sin duda habrá de comportar una mayor dotación presupuestaria si efectivamente quiere brindarse ese respaldo institucional tan coreado mediáticamente respecto a la mediación penal en cuanto representa el paradigma de la Justicia Restaurativa, sobre todo si tenemos en cuenta el papel asignado al Ministerio Fiscal tanto en el anterior

LA MEDIACION PENAL Y LA JUSTICIA RESTAURATIVA: UN NUEVO MODELO DE JUSTICIA

proyecto de código Procesal Penal como en la futura LECrim, y por supuesto, sin olvidar que esta nueva metodología o herramienta que se engarza en el sistema de justicia penal integra el contenido del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

Precisamente por ello las distintas Administraciones Públicas con competencias en materia de Justicia deberían asumir el coste de esas designaciones de oficio de Letrado en todos aquellos supuestos en que la víctima así lo solicite para disponer del debido asesoramiento en orden a decidir si debe participar o no en el proceso de mediación, y por supuesto, para que ese Letrado designado de oficio participe en la redacción del acuerdo de reparación. Sólo de este modo podrá garantizarse por el Juez o Tribunal la simetría procesal de las partes a la hora de prestar ese consentimiento libre, voluntario e imparcial por parte de la víctima, al igual que acontece por ejemplo en aquellos otros supuestos en que se realiza el llamamiento judicial de un Letrado de oficio a instancia de una de las partes, en orden a garantizar el principio de igualdad procesal en un juicio por delito leve cuando la otra parte acude asistida de Abogado y no comparece el Ministerio Fiscal por tratarse de un delito sólo perseguible a instancia de parte.

Sería deseable que en un contexto de una Administración de Justicia de Calidad, la Asistencia Jurídica Gratuita contemplase no sólo la designación de un Letrado de oficio para el infractor, investigado o encausado, sino que también se diese cobertura legal a la víctima o parte perjudicada mediante el nombramiento de Letrado de oficio, a fin de equilibrar de este modo las posiciones de ambos en el proceso de mediación y eliminar de este modo el riesgo de que una de las partes carezca de asesoramiento jurídico independiente de cara a la futura redacción del acuerdo de reparación. Debemos tener en cuenta que este riesgo no podrá desvanecerse a través de la información genérica que pueda proporcionar ab initio el Instructor o Juzgador, ni tampoco podrá eliminarse a través de la información que debe facilitar el servicio de mediación penal puesto que no participará en la redacción de ese acuerdo, sino que tal labor incumbe a los Letrados de víctima e infractor. **La única posibilidad que contemplo para garantizar esa posición igualitaria de víctima y victimario en el proceso de mediación es que se asuma en el proceso de mediación una participación activa del Ministerio Fiscal**, en el sentido de que debería velar por los

LA MEDIACION PENAL Y LA JUSTICIA RESTAURATIVA: UN NUEVO MODELO DE JUSTICIA

derechos de las víctimas no sólo de cara al asesoramiento jurídico previo a prestar ese consentimiento a participar en el espacio de mediación, sino también con posterioridad para que supervise el contenido del acuerdo de reparación y participe incluso en su redacción si la víctima no estuviese asistida de Letrado.

En definitiva, la presencia de Abogado es necesaria para garantizar el respeto a los derechos fundamentales del investigado, detenido o encausado puesto que su participación es esencial en la tarea de asesoramiento sobre la posible afectación de derechos fundamentales- en aquellos supuestos de abandono del proceso después de haber firmado el acta de reparación-, sobre el alcance penológico y otras consecuencias jurídicas. Ahora bien, actualmente y mientras no exista una reforma en materia de Justicia gratuita **esa presencia no se considera imprescindible para la víctima si ésta entiende que podrá controlar por sí misma los términos de la redacción del acuerdo de reparación**, puesto que, como se ha indicado anteriormente, su derecho a participar de forma libre y voluntaria en el proceso de mediación se tutela debidamente a través de la información impartida por el propio Juez Instructor o Juzgador y posteriormente, a través de la que facilita el Equipo de Mediación Penal antes de recabar la firma del documento de consentimiento informado.

El detenido, investigado o encausado habrá de disponer de un Letrado cuando se acuerde la derivación de un procedimiento a mediación, lo que supondrá que en todos aquellos supuestos en que el detenido o investigado no hubiese declarado en dependencias judiciales, con carácter previo a la derivación de oficio y antes de recabar su consentimiento para participar en el espacio de mediación, deberá solicitarse el nombramiento de un Letrado de oficio si el detenido o investigado no designa uno de su libre elección, a fin de que pueda asesorarlo debidamente respecto a su conveniencia o inconveniencia de participar en el proceso de mediación; informándole además acerca del desarrollo y de las consecuencias del proceso de mediación en relación con los hechos investigados, máxime cuando en los diferentes Convenios-Marco de colaboración, entre el CGPJ y las distintas Administraciones Autonómicas para la promoción de la mediación, se establece que las referidas Administraciones procurarán incluir la mediación dentro del asesoramiento y

LA MEDIACION PENAL Y LA JUSTICIA RESTAURATIVA: UN NUEVO MODELO DE JUSTICIA

orientación gratuitos previos al proceso previstos en el artículo 6 de la Ley 1/1.996 de Asistencia Jurídica Gratuita.

2.— LA PARTICIPACION DEL MINISTERIO FISCAL EN EL PROCESO DE MEDIACION

El Ministerio Fiscal constituye una pieza fundamental en el proceso de mediación penal puesto que debe velar por la satisfacción de las víctimas, a las que representa y defiende en el proceso penal y a través de la mediación participará en esa labor. Por otro lado, también tiene la obligación de facilitar el cumplimiento de los fines de la pena y de actuar en defensa de los derechos fundamentales del autor de un delito, de tal suerte que su intervención será decisiva tanto en el momento de la derivación como posteriormente al comunicársele el acuerdo de reparación al que han podido llegar víctima y victimario; y por supuesto, el Ministerio Fiscal también debe defender el interés de la sociedad, de ahí que no puede concebirse una actividad mediadora en nuestro proceso penal sin la participación activa del Ministerio Fiscal.

Si esto es así, deberíamos preguntarnos porque en la actualidad la actividad del Ministerio Fiscal en relación con el proceso de mediación penal es tan desigual y fragmentaria en los distintos territorios. Y lo que más ha llamado la atención ha sido la proclamación realizada por los Fiscales Delegados y Coordinadores para la protección de las víctimas de que transfieren su labor en materia de protección a las víctimas a quienes- según ellos- el legislador ha situado en el eje central de la Protección: LAS OFICINAS DE ASISTENCIA A LAS VICTIMAS; aunque eso sí, demandando a todos los Fiscales la unidad y coordinación de la actuación y funcionamiento de las Fiscalías en todo el territorio nacional.

Pues bien, no se acierta a entender como se pueden defender los derechos de las víctimas y de los investigados si se concibe única y exclusivamente la mediación penal como un servicio para la víctima y no como un modelo de justicia, confusión ésta en la que considero que también ha incurrido el legislador en el artículo 15 de la Ley 4/2.015 y que constituye el principal escollo que impide o dificulta la participación activa del Ministerio Fiscal en el procedimiento de mediación. Si concebimos la mediación penal

LA MEDIACION PENAL Y LA JUSTICIA RESTAURATIVA: UN NUEVO MODELO DE JUSTICIA

como una herramienta que reúne toda una serie de garantías y que se engarza en nuestro procedimiento penal sin vulnerar los principios rectores del mismo, integrando además el contenido del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, ninguna duda debe albergar el hecho de que el Ministerio Fiscal viene obligado a tutelar todos los aspectos integrantes de ese nuevo modelo de justicia penal que integra el derecho fundamental consagrado en el artículo 24 CE.

Sería deseable que el legislador deje de incurrir en confusiones a la hora de regular la mediación penal y la configure de una vez por todas como garantía de la tutela judicial efectiva y sólo de este modo podrá conseguirse la efectiva participación activa del Ministerio Fiscal, pues será a partir de esta premisa cuando la Fiscalía General del Estado dicte las oportunas Instrucciones o Circulares que vincularán a todos los Fiscales.

A pesar del empeño de gran parte de los operadores Jurídicos en concebir la mediación y la Justicia Restaurativa como uno de los desafíos de la Justicia en nuestro tiempo, mucho me temo que el legislador sigue sin comprender realmente que la finalidad de la mediación penal va más allá de su articulación como un mecanismo al servicio del principio de oportunidad – tal y como así se configura en el punto XXV del texto del Anteproyecto de LECrim-. Habrá que esperar al resultado del texto definitivo para poder comprobar si realmente el legislador ha asumido el compromiso de dotar a la mediación penal de una cobertura plena e integral, pues en el texto del anteproyecto no se la menciona como un nuevo modelo de acceso a la Justicia que integra el derecho fundamental consagrado en el artículo 24 de la C.E. Si va a seguir perpetuándose su configuración como un mecanismo al servicio del principio de oportunidad, inescindiblemente ligado con carácter exclusivo a la satisfacción de la víctimas, continuará banalizándose y desnaturalizándose la institución puesto que ni toda mediación ha de terminar en la aplicación del principio de oportunidad o en una conformidad, ni éstas reclaman necesariamente una mediación previa. En este sentido, debemos mencionar que en el texto anterior del Proyecto del Código Procesal Penal se perfilaba más acertadamente cuál era la finalidad de la mediación penal y la desvinculaba por completo del principio de oportunidad, y todo ello en aras de concebirla como un complemento necesario al servicio del ciudadano del que deben

LA MEDIACION PENAL Y LA JUSTICIA RESTAURATIVA: UN NUEVO MODELO DE JUSTICIA

extraerse todas sus capacidades, con independencia de si finalmente la víctima y el infractor llegan a un acuerdo de reparación.

Debo insistir en la necesidad de esa participación activa del Ministerio Fiscal en el proceso de mediación, puesto que además de su ineludible obligación de defensa de los derechos de las víctimas, también es obligación del Ministerio Fiscal **velar por la satisfacción de los objetivos públicos de la intervención penal**, y por ende, vendrá obligado a analizar el contenido del acuerdo de reparación entre víctima e infractor para poder comprobar que con el mismo se traslada un mensaje a la comunidad de que se ha restablecido el orden jurídico que resultó quebrado por el delito; para comprobar asimismo que con ese acuerdo se traslada al investigado o acusado el mensaje de que es responsable de un daño injusto y que por ello tiene que realizar todo lo que ésta en sus manos para repararlo; y finalmente ha de comprobar que el contenido de ese acuerdo de reparación traslada a la víctima el mensaje de que fue injusto el daño sufrido y que el infractor o victimario va a desplegar todo lo que está en sus manos para restaurarlo.

Si concebimos la participación activa del Ministerio Fiscal en los términos anteriormente apuntados necesariamente se impone una reforma procesal urgente que establezca la obligación legal del Ministerio Fiscal de participar tanto en la fase de derivación como en la de supervisión de ese acuerdo de reparación cuya redacción, en principio incumbe a los Letrados de víctima y victimario, y con mayor motivo, en aquellos supuestos en que la víctima decide participar en el espacio de mediación sin haber sido asesorada previamente por ningún Letrado y tampoco disponga de Letrado para supervisar la redacción de ese acuerdo de reparación.

En el anterior proyecto del Código Procesal Penal se han plasmado numerosas necesidades en relación con el proceso de mediación y con las funciones atribuidas al Ministerio Fiscal en el mismo; **y así en el artículo 144** se dispone que “el MF será el órgano encargado de comunicar a la víctima la voluntad del infractor de someter el conflicto a mediación, siempre que no lo considere inadecuado en razón a la naturaleza del hecho. Esa comunicación se realizará directamente o a través de las OAVD”. Pero además en el **artículo 145 del proyecto** se ha establecido la posibilidad de que el Ministerio Fiscal suspenda las Diligencias de investigación mediante decreto,

LA MEDIACION PENAL Y LA JUSTICIA RESTAURATIVA: UN NUEVO MODELO DE JUSTICIA

si lo considera oportuno, cuando tenga conocimiento de la existencia de un procedimiento de mediación penal.

Con el proyecto se abría una oportunidad histórica para la definitiva modernización de nuestro sistema procesal por las numerosas reformas que abordaba y fundamentalmente, por la acogida de generosas fórmulas de oportunidad reglada para impedir una concepción burocrática del proceso penal y por el reconocimiento explícito de este nuevo modelo de justicia a través de la mediación penal, reformas todas ellas que contribuían a dibujar un escenario procesal en el que la garantía de los derechos fundamentales del investigado y de la víctima sería algo más que una mera declaración programática y se establecían además los mecanismos llamados a suplir la inacción del Ministerio Fiscal.

En el actual Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en el apartado XXVI, al perfilarse la mediación penal como un mecanismo al servicio del principio de oportunidad, se establece que será el Fiscal quien, - al apreciar la concurrencia de un supuesto que, por sus características específicas, pueda acudir a un archivo por oportunidad o a la imposición de una pena reducida-, y por tanto, condicionará todas estas posibles opciones a la adecuada satisfacción de las víctimas. El Ministerio Fiscal podrá como director de la investigación, impulsar, a través de la mediación y con el consentimiento de los afectados, la obtención de una solución reparadora de los intereses particulares en juego, en función de la disminución o ausencia del interés del Estado en el castigo.

Puesto que el legislador aun no ha abordado esa regulación legal tan demandada en materia de mediación penal, considero que la participación activa del Ministerio Fiscal debería desarrollarse fundamentalmente durante la fase de investigación, fase intermedia y en el juicio oral puesto que la mediación penal debe incluirse en el ámbito del principio de oportunidad reglada. Y así, el sobreseimiento del procedimiento por motivos de oportunidad reglada debería ser acordado por el Juez de Instrucción, a instancia del Ministerio Fiscal, durante la fase de instrucción o intermedia y tras el acuerdo de reparación logrado en mediación, atendiendo para ello a las tres finalidades básicas: a) posibilitar la rehabilitación del investigado, b) la pronta

LA MEDIACION PENAL Y LA JUSTICIA RESTAURATIVA: UN NUEVO MODELO DE JUSTICIA

reparación de la víctima y el cierre de las heridas emocionales que implica el delito, y c) que se transmita a la comunidad que se ha restablecido el orden jurídico que resultó quebrado por el delito.

Y en cuanto al cauce procedimental por el que debe discurrir la intervención del Fiscal en relación con la mediación, insisto nuevamente en que corresponde al Fiscal, al igual que así lo hace el Juez Instructor o Juzgador, seleccionar un asunto que considere idóneo para ser derivado a mediación, y una vez hecha esta selección debería recabar el consentimiento del investigado y el de la víctima en los términos anteriormente apuntados a la hora de analizar la derivación de oficio por el Juez. El Ministerio Fiscal no debería delegar en las Oficinas de Asistencia a las Víctimas esta función de tutela que le incumbe, so pena de comprometer seriamente el principio de la libre voluntariedad de las partes dado que resulta exigible una total y absoluta simetría procesal entre ellas para poder acordar la derivación a ese espacio de comunicación, y ello como garantía de la tutela judicial efectiva. Precisamente en este derecho a la tutela judicial efectiva no sólo se desarrollan los derechos del investigado por un hecho criminal sino que también se incluye el derecho de la víctima a obtener información imparcial y a participar en el proceso penal, pues así lo ha venido sosteniendo la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Una vez recabado ese consentimiento por el Fiscal, tras la debida documentación del mismo, correspondería al Fiscal dictar un Decreto o solicitar del Juez Instructor sugiriendo la derivación al espacio de mediación, y a partir del ahí se dictaría la oportuna resolución judicial acordando la derivación y se comunicaría al Servicio de Mediación señalando el plazo de duración, tal y como así debe hacerse cuando es el Juez Instructor o Juzgador el que acuerda de oficio la derivación.

Para estimular esa participación activa del Fiscal debería articularse y garantizarse una actuación coordinada entre Fiscal, Juez Instructor o Juzgador y Equipo o Servicio de Mediación, de tal suerte que habrá de ser fluida y constante la comunicación del Servicio de Mediación con el Fiscal ante las posibles dudas que puedan plantearse al mediador tanto desde el punto de vista penológico como respecto a otras posibles

LA MEDIACION PENAL Y LA JUSTICIA RESTAURATIVA: UN NUEVO MODELO DE JUSTICIA

consecuencias que puedan derivarse de lo que plantean tanto la víctima como el infractor en orden a la consecución del acuerdo de reparación.

En definitiva, habrá que esperar para comprobar cual será el texto definitivo de la regulación legal de la Mediación Penal y la forma en que el legislador la engarce finalmente en nuestro sistema procesal penal sin que con ello se prive a la institución de su verdadera finalidad, que no es sino lograr que el infractor se responsabilice de su conducta y que para la víctima exista esa posibilidad de elaboración emocional de la situación traumática sufrida.

3.-LA FUNCION DE LOS ABOGADOS DE LA VICTIMA Y DEL INVESTIGADO

La función de los Abogados como orientadores jurídicos de la Víctima y del investigado también es vertebral para lograr que el consentimiento de las partes para participar en el espacio de mediación sea fruto de esa voluntad informada a la que se alude en la Ley del Estatuto de la Víctima. Esa orientación jurídica por parte de los Abogados precisará que el Juez o Tribunal, a través de los Letrados de la Administración de Justicia – en cuanto que actúan como gestores de las decisiones jurisdiccionales (artículo 456.6 L.O.P.J.), o bien a través del Ministerio Fiscal, comunique a las partes y a sus respectivos Abogados la decisión de haber seleccionado su asunto para ser derivado al espacio de mediación.

El Abogado tiene que ayudar a su cliente a que decida, conforme a sus necesidades, si prefiere promover una tutela de sus derechos o intereses que transite por una reclamación que resuelva un Juez o Tribunal en el seno de un proceso adversarial o, si por el contrario, estima más adecuado que la referida tutela se articule en un proceso de comunicación con la parte con la que se encuentra en conflicto, y ello con el objetivo de que sean ellas quienes, con la facilitación de un tercero y el apoyo de sus propios abogados, elaboren una solución a las necesidades e intereses que el conflicto ha suscitado entre ellas.

Este nuevo modelo de Justicia que implica la mediación penal pretende conceder a las partes la opción de habilitar un espacio de comunicación dentro del proceso para

LA MEDIACION PENAL Y LA JUSTICIA RESTAURATIVA: UN NUEVO MODELO DE JUSTICIA

atender, entender, comprender y solucionar, y por ello debemos convencer a los Abogados de la utilidad de esta metodología o herramienta y del papel que han de jugar en estos espacios de comunicación, y de ahí precisamente que **será esencial que la futura regulación legal consiga acertar en la configuración de este nuevo modelo de Justicia en el que se presenta como imprescindible – para garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva- la participación activa del Ministerio Fiscal y habrá que reorientar además los fines del derecho Penal, favoreciendo aquellas acciones preventivas del delito y ofreciendo propuestas constructivas respecto a los conflictos generados por los delitos.**

4.- LA FUNCION QUE DESEMPEÑAN LOS MEDIADORES DE LOS SERVICIOS DE MEDIACION PENAL O DE JUSTICIA RESTAURATIVA

Este servicio es el encargado de organizar el espacio de mediación y puede ser un servicio público gestionado por la propia Administración- bien a través de su propia estructura o mediante la concesión de la gestión-, o estar atribuido a un equipo designado en cada proceso a partir de una lista de mediadores homologados trasladada periódicamente a los órganos judiciales con representación institucional (Decanos, Presidentes de Audiencias y Salas de Gobierno de los TSJ).

La función esencial de este servicio o equipo de mediación será la de contactar con las partes una vez que se les comunique judicialmente que un asunto ha sido derivado al espacio de mediación, y ello con el fin de poder organizar la primera sesión informativa, sesión a la que las partes deberán asistir acompañadas de sus respectivos Letrados. En esta primera sesión informativa el Servicio de Mediación informará a víctima e infractor o victimario del contenido y naturaleza del proceso de mediación de una forma más exhaustiva que la información que pueda facilitar el Juez o el Ministerio Fiscal cuando decide seleccionar un asunto y recabar el consentimiento de las partes para participar en el espacio de mediación.

Una vez realizada esa información exhaustiva e imparcial, el servicio de mediación recabará el consentimiento informado de las partes, y si el investigado y la víctima,

LA MEDIACION PENAL Y LA JUSTICIA RESTAURATIVA: UN NUEVO MODELO DE JUSTICIA

debidamente asesorados por sus abogados, consienten, se iniciará el proceso de mediación. Si una de ellas o ambas se oponen, no se iniciará el proceso, comunicándose por el servicio este hecho al Juez o Tribunal que ha derivado sin indicar la causa de esa falta de iniciación del proceso de mediación.

La intervención de los mediadores en el contexto judicial penal no es una tarea fácil y precisamente por la complejidad de su función sería deseable que el Servicio de Mediación contase con equipos multidisciplinares que, además de estar debidamente formados en los métodos de la Justicia Restaurativa, procedan de disciplinas diversas (derecho, psicología, pedagogía, sociología, criminología....), de tal forma que el trabajo individual de un mediador y el del equipo se enriquecerá con aportaciones y enfoques diferentes e integradores. Particularmente comparto la opinión que sostienen algunos Mediadores de que los Equipos o Servicios de Mediación Penal deben depender, preferentemente, de la Administración de Justicia Central o Autonómica puesto que esta adscripción reviste a su función la garantía de eficacia y de una adecuada actuación orientada a facilitar que la mediación u otras técnicas de resolución de conflictos de desarrollen con total neutralidad y equidistancia entre las partes, gestionando adecuadamente la elevada tensión emocional que de ordinario se produce en los encuentros con la víctima o conjuntamente, entre víctima y victimario.

En todo caso, los responsables del Servicio han de estar al servicio de Jueces y Fiscales y debe procurarse que aquellos sean capaces de dar una respuesta homogénea a las demandas de todo el territorio para evitar cualquier atisbo de discriminación negativa respecto a la limitación en la posibilidad de utilizar ese Servicio, concebido única y exclusivamente para facilitar la implementación de una nueva forma de administrar Justicia al servicio del ciudadano.

Preocupa enormemente la desidia del legislador al no regular la titulación profesional que han de tener los mediadores que han de integrar esos Servicios adscritos a la Administración de Justicia, ni tampoco que se hubiese disciplinado la formación específica mínima que ha de exigirse, ni los métodos, técnicas o habilidades que han de tener para poder desarrollar su actividad en el marco de estos servicios para poder

LA MEDIACION PENAL Y LA JUSTICIA RESTAURATIVA: UN NUEVO MODELO DE JUSTICIA

gestionar adecuada y satisfactoriamente ese espacio de comunicación entre víctima y victimario.

Mientras el legislador no aborde una regulación integral de la institución y de la profesión de los mediadores que integrarán esos Servicios, y mientras no se implante un único y común Código Ético que sirva de guía a la actuación de los mediadores, no logrará superarse esa trivialización del proceso de formación de los mediadores que sin duda continuará repercutiendo de forma muy negativa en el desarrollo de la institución e implicará un retroceso en la implantación efectiva de esta nueva dimensión del derecho de acceso a la Justicia que se ha convertido en uno de los desafíos a los que debe aspirar cualquier Administración Pública.