

Eva M^a Motos Buendía

Abogada del Ilustre Colegio de Abogados de Murcia. Socia FICP.

~La mediación penal en España. Especial referencia a la mediación en menores~

Resumen.- La evolución de los tiempos y de las sociedades lleva a que los legisladores se deban plantear que para la resolución de conflictos existen otras formas o medios con los que obtener la justicia del artículo 24 de la CE, y un buen medio es la mediación, pues en ella las partes se sienten más participativas en la solución de su demanda del conflicto llegando a obtener resultados más positivos; pero en nuestro ordenamiento jurídico aun no encontramos una regulación en el ámbito penal excepto lo previsto en la Ley y en el Reglamento de Responsabilidad del Menor, donde la mediación penal encuentra cabida siendo los resultados obtenidos satisfactorios, en el todos los operadores jurídicos juntos con las partes deben dar su consentimiento para iniciar el trámite de la mediación.

Palabras clave.- Mediación, víctima, infractor, menor, penal, legislación.

Summary.- *The evolution of the times and of societies leads to lawmakers should raise that conflict resolution there are other ways or means by which to obtain the righteousness of Article 24 of the EC , and a good way is mediation , as in it the parties are more participatory in solving the conflict demand reaching more positive results ; but in our legal system still we not found a regulation in criminal matters except as provided in the Act and the Regulations of Responsibility of Minors , where criminal mediation is still room for satisfactory results in all legal operators together with the parties must consent to begin the process of mediation.*

Keywords.- *Mediation, victim , offender , minor, criminal , law.*

I. INTRODUCCIÓN

El Ordenamiento Jurídico Español se recoge la figura de la mediación en los ámbitos civil y de responsabilidad penal de los menores, no así en el del Derecho Penal de adultos, y ello, cuatro años después de que haya transcurrido la fecha límite (22 de marzo de 2006) impuesta por la Decisión Marco del Consejo de la UE de 15 de marzo de 2001 que nos obligaba a ello.

La organización internacional de las Naciones Unidas fue una de la pioneras en introducir la mediación como un medio para resolver los conflictos existentes; así en su carta magna dice: “una controversia cuya continuación sea susceptible de poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales”, ‘la negociación, la investigación, la mediación, la conciliación, el arbitraje, el arreglo judicial, el recurso a organismos o acuerdos regionales u otros medios pacíficos de su elección’.

El Consejo Económico y Social de Naciones Unidas ampliando su miras ante la criminalidad menor y llegando a la conclusión de que los mecanismos de justicia tradicional con frecuencia no daban respuesta satisfactoria ni a tiempo, ni desde la perspectiva de la víctima ni en cuanto a las penas dictó el 28 de julio de 1999 una Resolución (1999/26) titulada Desarrollo e implementación de mediación y medidas de

justicia restaurativa en la justicia penal, en la que se establecían las siguientes observaciones:

- apuntaba las ventajas de la mediación y medidas de justicia restaurativa para algunos supuestos.
- aplaudía las iniciativas nacionales en este sentido.
- llamaba a los estados a considerar el desarrollo dentro de sus sistemas legales de procedimientos alternativos a la justicia criminal formal y a formular políticas de mediación y justicia restaurativa para promover una cultura favorable a éstas entre las autoridades judiciales y sociales y las comunidades locales, y a considerar la provisión de la adecuada formación a quienes se implicaran en el desarrollo de tales procesos.
- llamaba a los estados interesados, a las organizaciones internacionales y a otras entidades a intercambiar información y experiencias sobre mediación y justicia restaurativa, y pedía a la Comisión sobre Prevención del Delito y Justicia Criminal que estudiara la forma y manera de facilitar un intercambio efectivo de información sobre las experiencias nacionales en esta área y que buscara vías para promover la concienciación entre los estados miembros de las ventajas de la mediación y la justicia restaurativa,
- recomendaba a la Comisión que considerara la oportunidad de formular estándares de Naciones Unidas en el campo de la mediación y la justicia restaurativa, con la finalidad de garantizar la justicia en la resolución de infracciones menores,
- requería al Secretario General a asumir, con recursos existentes o extrapresupuestarios, actividades en apoyo de los estados miembros en el desarrollo de políticas de mediación y justicia restaurativa y para facilitar el intercambio de experiencias y difusión de buenas prácticas a nivel regional e internacional.

La legislación española vigente prevé el recurso a mediación para resolver asuntos penales sólo en materia de Justicia penal juvenil; en materia de Derecho penal para adultos no hay previsión a este respecto, lo que por demás no puede extrañar en demasía si se tiene en cuenta que hasta 2012 se ha carecido en absoluto de una regulación estatal sobre mediación con carácter general.

II. LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA EN MATERIA DE MEDIACIÓN

La primera regulación estatal española de la mediación como forma de resolución general de conflictos, en el ámbito civil y mercantil: el *Real Decreto-ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*; publicado en el Boletín Oficial del Estado de 6 de marzo de 2012, con corrección de errores en el Boletín Oficial del Estado de 16 de marzo.

La Ley se dicta al amparo de la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación mercantil, procesal y civil, establecida en el artículo 149.1.6.^a y 8.^a de la Constitución, y se declara expresamente que incorpora al Derecho español la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, aunque pretende ir más allá, en línea con la previsión de la disposición final tercera de la Ley 15/2005, para conformar un régimen general aplicable a toda mediación que tenga lugar en España y pretenda tener un efecto jurídico vinculante, si bien circunscrita al ámbito de los asuntos civiles y mercantiles y dentro de un modelo que ha tenido en cuenta las previsiones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional de 24 de junio de 2002.

La mediación, a la que siempre se acudirán de manera voluntaria, podrá ser el mecanismo para solucionar los conflictos que en el ámbito mercantil se produzcan entre empresas y sus proveedores y clientes, así como entre los propios socios. Entre los casos en los que se podría aplicar la mediación figuran:

- Asuntos de familia.
- Reclamaciones por seguros.
- Reclamaciones de responsabilidad civil.
- Conflictos sucesorios.
- Conflictos dentro de la empresa familiar (grande o pequeña).
- Conflictos entre socios en la pequeña y mediana empresa.
- Conflictos en las relaciones mercantiles entre empresas, con clientes y proveedores.

- Conflictos entre empresas franquiciadoras y franquiciadas.
- Arrendamientos de locales entre empresas, como centros comerciales -

Aunque la ley de momento sólo prevé la mediación en el ámbito Civil y Mercantil, el Ministerio de Justicia ya trabaja en otros ámbitos, como el Penal o el Contencioso-Administrativo. Se ha empezado por el Civil y Mercantil porque son la esfera natural y propia de las relaciones entre particulares, entre ciudadanos y/o empresarios. Es un ámbito especialmente sugerente para encontrar el acercamiento de posturas y superar un conflicto entre dos partes.

III. ¿QUE ES LA MEDIACIÓN PENAL Y QUE FINES PERSIGUES?

La mediación constituye un cauce complementario de resolución de conflictos. Es una fórmula válida y aceptada en el Estado de Derecho que se ajusta a una nueva concepción de la Justicia, al tiempo que constituye una pieza relevante de la modernización de la Administración de Justicia.

En la mediación penal, víctima e infractor, a través de un proceso de diálogo y comunicación, conducido y dirigido por un mediador imparcial bajo el principio de la confidencialidad, se reconocen capacidad para participar en la resolución del conflicto derivado del delito.

Se posibilita la reparación del daño causado y la asunción de las consecuencias provocadas, propiciando en el imputado la responsabilidad personal y permitiendo a la víctima ser escuchada y resarcida.

La mediación penal puede ser solicitada por cualquier persona que sea víctima o aparezca como imputada en un proceso penal, pero deberá ser acordada por el/la Juez encargado de la instrucción (o ejecución) del mismo y contar con la aprobación de la Fiscalía. El proceso de mediación tiene que ser aceptado por ambas partes.

Las características principales de la mediación son:

- Voluntariedad, pues sólo cuando las partes están dispuestas a someterse de forma voluntaria es posible la mediación.
- Confidencialidad, una vez que las partes se someten a mediación, lo tratado en las sesiones será estrictamente confidencial, y sólo los acuerdos serán conocidos por el juzgado. Incluso si no se llegara a acuerdos, lo expuesto por las partes no podrá ser utilizado en contra de éstas en el juicio.

- Gratuidad, esto es, los costes económicos no repercuten en la víctima ni en el infractor, pues son asumidos por la Administración de Justicia.
- Neutralidad, quien realice la mediación, ya sea un/una profesional individual o un equipo de profesionales, no podrá tomar partido por una u otra parte. La neutralidad conducirá a las partes al acercamiento de posturas, al no observarse partidismo por la persona mediadora.
- Flexibilidad, sobre todo en los tiempos para llevar a cabo un proceso de mediación. Si éste estuviese cerrado a un determinado número de sesiones o un plazo concreto, generaría efectos negativos sobre las partes implicadas.
- Bilateralidad, pues cada parte tiene derecho a ser escuchada, a tener posibilidad de explicarse, de defenderse. Y ello ha de ser equilibrado para las partes.
- Oficialidad, esto es, le corresponde al Juez, con el acuerdo del Ministerio Fiscal la derivación de los casos al Servicio de Mediación. Esta derivación puede ser de oficio o a instancia de las partes implicadas en el proceso.

Son de destacar los fines que se persiguen con la intervención de la mediación en el proceso penal, así podemos indicar los siguientes:

- Asegurar una efectiva protección a la víctima mediante la reparación o disminución del daño causado por el delito. Si no existe víctima, la reparación podrá tener carácter simbólico ante la comunidad social.
- Responsabilizar al infractor sobre las consecuencias de su infracción.
- Puede atenuar la pena.
- Procurar medios para la normalización de su vida.
- Restablecer la convivencia y el diálogo comunitario.
- Devolver protagonismo a la sociedad civil.
- Conocer las causas reales y las consecuencias del conflicto, buscando la fórmula más idónea para satisfacer las necesidades personales de víctima e infractor.

El acceso a la mediación en el ámbito penal ofrece unas ventajas que en algunas ocasiones acudir a los procedimientos tradicionales de la resolución de los conflictos, estos nos ofrecen llegando a tener la sensación las partes del procedimiento que no se ha

obtenido los resultados que se esperaban con el inicio de un proceso judicial puro y duro. Por ello, la mediación nos proporciona las siguientes ventajas:

- Mejora de la eficacia de la Administración de la Justicia: Aunque no contribuye a aumentar la celeridad de la Justicia, ya que puede ser un proceso más lento y más laborioso pero los resultados son mucho más eficaces y satisfactorios para las partes que en lo proceso tradicional.
- Mejora de la asistencia a la víctima: la mediación o conciliación como medio de resolución de conflictos permite que la víctima sea escuchada y pueda manifestar sus inquietudes, debiendo ser esta atención a la víctima prudente ya que en ningún caso debe permitir una disminución de las garantías penales.
- Potencia la responsabilidad del agresor: el responsable asume su responsabilidad y se compromete para el futuro, objetivo prioritario de la prevención especial es la reinserción social; integrándose en la sociedad y reconociendo su delito asumiendo sus responsabilidades con la persona ofendida. Con los acuerdos mediadores se están consiguiendo objetivos propios de la prevención especial sin que necesariamente se tenga que pasar por los efectos negativos del encarcelamiento.
- Estimula a quien ha delinquido en el desarrollo de su capacidad para responsabilizarse del hecho, al enfrentarse a la víctima y al daño causado, lo que le permite comprender mejor los efectos de su conducta, reconocer su responsabilidad y mostrar su disposición a reparar el daño causado. En definitiva, también contribuye a su reinserción social.
- Es un medio pacificador del conflicto: el acuerdo debe satisfacer a las dos partes situando un centro imparcial en el que ambos resulten satisfechos. En Mediación penal de adultos no hay que pensar que la prioridad es la compensación a la víctima ni que lo son los beneficios penológicos para el agresor, ambos son igual de importantes, sin olvidar que la finalidad preventiva del derecho Penal, exige situar el conflicto de esas dos partes dentro del arco más amplio de la sociedad que aspira a prevenir los delitos futuros.
- Refuerza el sentimiento de Justicia: ya que a través del acuerdo mediador el responsable asume los hechos y compensa a la víctima lo que refuerza la vigencia de las normas y por tanto la prevención general positiva.

- Se cumplen todos los fines del derecho penal: sirve a la retribución porque repara la víctima, sirve a la prevención general positiva porque supone aceptar públicamente la vigencia de las normas ante la comunidad, contribuyendo al establecimiento de la paz a través del respeto de las normas, y sirve a la prevención especial porque el autor reconoce y se hace responsable del delito sin producir las desventajas de la privación de libertad.
- Evita la penalización de conflictos en el ámbito familiar o vecinal.
- Es especialmente adecuada para la delincuencia juvenil: ya que se trata de una figura sancionadora que tiene un alto contenido pedagógico, es educativa y responde al criterio de responsabilidad social propio del derecho penal de menores

IV. LA MEDIACIÓN PENAL EN LOS PROCEDIMIENTOS DE MENORES

En el ámbito penal, la mediación debe contemplar dos esferas distintas. Una esfera es la referida a personas menores, esto es, aquellas cuya edad está comprendida entre 14 y 17 años, y que han cometido un delito o falta. Regulada en la Ley Orgánica 5/2000 de 12 de enero, ésta contempla la mediación en el art. 19, en el que se considera el sobreseimiento del expediente por conciliación o reparación entre el menor y la víctima, en aquellos hechos en los que por falta de violencia o intimidación graves, y/o delitos menos graves o faltas, el menor se haya conciliado con la víctima o haya asumido el compromiso de reparar el daño causado a la víctima.

La otra esfera a tener en cuenta en el sistema penal es cuando los hechos se producen entre personas mayores de edad. En este caso la mediación aún no ha sido regulada, por lo que su situación viene dada por el voluntarismo del Consejo General del Poder Judicial, instando a los juzgados a poner en marcha proyectos piloto para la resolución alternativa de conflictos.

La responsabilidad penal de las personas menores está recogida en la Ley Orgánica 5/2000 de 12 de enero. Esta ley, de espíritu sancionador, pero también educativo, recoge en su articulado mecanismos de reparación del daño causado a la persona víctima, y por tanto, plantea la resolución alternativa de conflictos como una posibilidad a la que recurrir en determinados delitos o faltas.

Si bien la ley distingue entre reparación y conciliación, en ambos casos el medio para llevarlo a cabo es la mediación. Si se habla de reparación, la forma contemplada es la de un acuerdo en el que la persona menor se compromete, bien con la víctima, bien con la comunidad, a reparar el daño causado realizando determinadas actividades con una duración establecida. Si, en cambio, la mediación se presenta como conciliación, se requiere la presentación de disculpas de la persona menor infractora ante la víctima y la aceptación de ésta.

En cualquier caso, quienes son protagonistas de la resolución del conflicto son quienes intervinieron directamente en éste, lo que facilita la asunción de responsabilidades por parte del menor infractor y por otra, la reparación física y emocional de la víctima, que acepta las disculpas o la realización de una actividad en beneficio de la comunidad como la forma de resarcir el daño causado.

La mediación penal en personas menores no es posible si ambas partes (menor y víctima) no están de acuerdo en someterse a este proceso, y la voluntad de ambos para resolver el conflicto; pero esa misma voluntariedad hace que pueda abandonarse el proceso en cualquier momento y por diversas causas, tanto de una parte como de la otra.

Parece claro que la persona menor infractora ha de ser necesariamente persona física. Sin embargo, en el caso de la víctima, puede ser persona física pero también persona jurídica (empresas, grandes almacenes, etc.). En cualquier caso, el proceso es similar, puesto que la víctima jurídica delegará en una persona representante de la empresa para acudir al proceso de mediación.

El proceso en la mediación penal con menores tiene peculiaridades que resultan necesarias mencionar:

Una de las partes tiene que ser menor de edad, mientras que el resto de las partes implicadas, no tiene por qué serlo.

Es necesario que se haya iniciado un expediente judicial contra la persona menor.

El juzgado que conoce el caso califica provisionalmente el hecho como una infracción penal.

Si tras la mediación se produce un acuerdo entre las partes, además de ser válido para las partes, produce eficacia en el procedimiento del expediente en el juzgado de menores que lo tramita.

El Real Decreto 1774/2004 de 30 de junio por el que se aprueba el Reglamento que desarrolla la Ley Orgánica 5/2000 de responsabilidad penal del menor, señala varios artículos en los que se considera la mediación como una realidad a utilizar en determinados casos, y que se pueden considerar la llave que abre los procesos de mediación. Estos artículos son:

Art. 4: Actuaciones de los equipos técnicos.

Art. 5: Modo de llevar a cabo las soluciones extrajudiciales.

Art.8.9: Competencia funcional.

Art. 15: Revisión de la medida por conciliación.

El reglamento es de extraordinaria importancia pues regula el procedimiento de la mediación extrajudicial, que en penal menores, puede tener dos variantes:

- Mediación Extrajudicial Pre-sentencial: la mediación se presenta como un método de resolución del conflicto que actúa antes de un procedimiento penal y por tanto, anterior a una sentencia condenatoria.
- Mediación Post-sentencial: se recurre a ésta una vez que se ha producido sentencia judicial.

La mediación extrajudicial pre-sentencial está regulada en la ley, y en su reglamento posterior, de forma que el procedimiento es el siguiente:

Se pueden contemplar dos variantes en la mediación extrajudicial en penal menores:

A instancia del Ministerio Fiscal, en el momento en que éste conoce el caso de un menor, el equipo técnico valorará si para los intereses de las partes, es conveniente que el menor y la víctima participen del proceso de mediación. Aquí, la participación del letrado es importantísima, pues éste puede instar a la fiscalía a que aplique el criterio de idoneidad para que el menor se acoja a un proceso extrajudicial. En este caso es la fiscalía quien activa el proceso.

El Equipo Técnico es el que tras la valoración del menor (obligada según el artículo 27 de la L.O. 5/2000) podrá recomendar la entrada del menor en el proceso de mediación al Ministerio Fiscal y al propio letrado del menor. Si equipo técnico y fiscalía lo consideran oportuno, ofrecen esta propuesta al letrado del menor, que se configura no

como una solución más, sino que se ha valorado la idoneidad del menor para acceder al proceso de mediación.

Tras el Informe del equipo técnico, si el menor ha consentido en acceder a mediación, se inicia por parte del equipo técnico la mediación. Éste recaba toda la información posible, que le llega a través de la investigación policial (informes, peritaciones médicas,...), de la denuncia de la víctima y del menor.

Con todo ello, el equipo técnico cita al menor para una sesión en la que deberán estar presentes el propio menor, su familia (o representantes legales) y su letrado defensor. En esta sesión, oirá a quienes se hayan personado en la sesión y valorará la conveniencia del proceso de mediación para el interés del menor.

Que el menor acceda a mediación implica el reconocimiento (completo o parcial) de los hechos, las consecuencias de su conducta y la aceptación de reparar los daños causados.

Con todo lo anterior, si finalmente el menor entiende todo el proceso y accede a mediación, el equipo técnico se pondrá en contacto con la víctima. Si ésta es persona física, la persona mediadora deberá escuchar y valorar el grado de victimización y su predisposición a participar en mediación. Si los daños han sido causados en una persona jurídica (entidades, instituciones públicas, empresas,...) el daño emocional apenas si es determinante; sin embargo se recomienda la mediación en la vertiente de reparación de los daños causados.

Considerando que la víctima sea persona física, la persona mediadora deberá valorar la capacidad y voluntad de la víctima para participar en un proceso de mediación que resuelva el conflicto. Ello condiciona la participación de la víctima en el programa de mediación.

Si la víctima, por distintas razones, no participa en el programa de mediación, no significa la expulsión del menor del proceso de mediación. En este caso, el menor realizaría tareas socioeducativas, en beneficio de la comunidad.

Tras la asunción del menor de la reparación y su ejecución efectiva, el equipo técnico comunica al Ministerio Fiscal el resultado de la mediación y los acuerdos logrados. Si el acuerdo es total y el proceso de mediación se considera exitoso, la Fiscalía dará por concluida la instrucción y solicitará al juez el archivo de las

actuaciones. Si no hay acuerdo, se continúan las actuaciones en el expediente del menor por el tribunal.

V. CONCLUSIÓN

Una vez visto y analizado en consiste y que beneficios tiene la mediación en el ámbito penal y en concreto cuando los infractores son menores de edad, se puede decir que la intervención de la mediación en los procedimientos penales es positiva pues debido a sus características, de celeridad, ausencia de rectos formalismo, naturalidad, hace que la formalidad que rodea al proceso tradicional lleve a las partes a obtener la tutela judicial efectiva, que tanto predica nuestra constitución, por ello es preciso que la medición penal como tal obtenga su propia regulación y que se incluya en nuestro ordenamiento jurídico como otra modalidad de resolución de conflictos entre las partes.

VI. BIBLIOGRAFIA

- <http://www.itermediadores.org/mediacion-penal/>.
- <http://www.fundacionmediara.es/index.php/mediacion/mediacion-penal.->
- GUARDIOLA GARCÍA, Javier. Profesor Titular de Derecho penal. Universidad de Valencia. Marco Legal de la Mediación Penal, pp. 59-61.