



## **DOCUMENTOS SOBRE MEDIACIÓN Y RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS**

**CENTRO DE MEDIACIÓN EDIACI N Región de Murcia**



### **Y LAS GARANTÍAS DEL PROCESO**

#### **Introducción**

La justicia restaurativa pretende construir un espacio de comunicación, facilitado por un tercero, entre la víctima y el considerado como infractor destinada a la responsabilización del segundo en la reparación, en la medida de la posible, del daño sufrido por la primera (De la Cuesta, 2014). Este encuentro trata de situarse, precisamente, en el espacio de distancia creado entre ambos por la comisión del delito (Pali, 2014), con la finalidad de transformar en términos pacificadores las relaciones individuales y sociales (Paramentare, 2013).

Este modelo de justicia tiene que ser integrado en cultura organizacional del sistema de justicia, de modo y manera que todos los integrantes del mismo efectúen sus funciones de una manera coordinada y cooperativa. El juez o tribunal, como garante de derechos, tienen que preservar que la derivación de un caso a los servicios de justicia restaurativa (sea la mediación, los círculos, las conferencias o los paneles) cumpla las siguientes garantías para respetar los parámetros indeclinables del proceso debido: garantía de autonomía, garantía de protección de las víctimas, garantía de trato como inocente del investigado/encausado, garantía de reparación del daño injusto y garantía de privacidad (Subijana, 2015).

## **La garantía de autonomía**

La garantía de autonomía precisa que la derivación al espacio de mediación, el desarrollo del mismo y el acuerdo que, en su caso, se alcance en su seno, sea fruto de un consentimiento libre e informado de la víctima y del investigado/encausado.

Desde esta perspectiva tiene especial importancia dos aspectos; la información por parte de los agentes públicos y la función de los abogados/as como orientadores jurídicos. En el plano de la información, el tratamiento normativo de esta cuestión es diferente, según se trate de la víctima o del investigado/encausado.

Cuando se trata de la víctima, el artículo 5.1 k) LEVD reconoce su derecho a ser informada desde el primer contacto con las autoridades públicas de los servicios de justicia restaurativa disponibles, en los casos en los que es legalmente posible este modelo de justicia. Esta información debe ser comprensible y, para ello, debe adaptarse a sus circunstancias y condiciones personales, a la naturaleza del delito cometido y a los daños y perjuicios sufridos.

Además debe ser completa, incluyendo los efectos favorables que para el investigado/encausado puede suponer la participación en el programa restaurativo.

No está prevista, en cambio, en la ley que tal información también se realice al investigado/encausado (artículos 118 y 775 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal- en adelante, LECrim-, tras las modificaciones operadas por la LO 5/2015, de 27 de abril y LO 13/2015, de 5 de octubre). Ello no es óbice para que la misma se tenga que realizar en el momento de la derivación del asunto al espacio de mediación, dado que es necesario su consentimiento para iniciar el procedimiento de mediación. En ambos casos, la información tiene que abarcar sus presupuestos, su contenido, sus posibles resultados y los procedimientos existentes para hacer efectivo su cumplimiento.

A partir de tal premisa, tanto la víctima como el investigado/encausado tienen que prestar su consentimiento para participar en el espacio de mediación (artículo 151 b) y c) LEVD), pudiendo revocar el mismo en cualquier momento (artículo 15.3 LEVD). La función de los abogados/as como orientadores jurídicos de la víctima y del investigado/encausado es vertebral para lograr que el consentimiento de las partes para participar en un proceso comunicativo sea fruto de una voluntad informada.

La orientación jurídica por parte de los abogados/ as precisa que sea el Juez o Tribunal, a través del Letrado de la Administración de Justicia, que actúa como gestor de las decisiones jurisdiccionales en los términos que prevean las leyes procesales (artículo 456.6 LOPJ), comunique a las partes (víctima e investigado/encausado) y a los abogados/as la derivación del caso al espacio de mediación así como los efectos jurídicos que tal decisión tiene en el procedimiento (si es que tiene alguna).

Asimismo es necesario que en la sesión informativa –primer acto del espacio de mediación en el que el mediador o equipo de mediadores informa sobre las condiciones, las características y los efectos del espacio comunicativo– estén presente los abogados/as de la víctima y del investigado/encausado, de manera que estos puedan asesorar a las partes sobre la conveniencia o no de iniciar la mediación.

Si, finalmente, la víctima y el investigado/encausado deciden iniciar la mediación, el abogado/a no tomará parte en las sesiones de mediación, si bien, lógicamente, cada una de las partes mantendrá contacto con ellos para ponderar si mantienen o no su voluntad de seguir en la mediación (recuérdese que el consentimiento para participar en la mediación es revocable en cualquier momento).

Finalmente los abogados /as serán los destinatarios, junto con el Ministerio Fiscal, del acta de reparación para que, a la luz del mismo, puedan deslindar qué estrategia procesal van a seguir en el procedimiento y cómo van a incorporar el resultado de la mediación al procedimiento.

### **La garantía de protección de las víctimas**

La garantía de protección de las víctimas exige que la derivación al espacio de mediación o de cualquier otra técnica restaurativa únicamente sea factible cuando no exista riesgo de victimización secundaria, reiterada, intimidación o represalias. En este sentido el artículo 15.1 d) LEVD exige que el procedimiento de mediación no entrañe un riesgo para la seguridad de la víctima, ni exista el peligro de que su desarrollo pueda causar nuevos perjuicios materiales o morales para la víctima. Desde esta perspectiva, el espacio de comunicación debe ser seguro y competente, lo que exige que el Juez o Tribunal tome en consideración, a la hora de proceder a la derivación a los servicios de justicia restaurativa, criterios como: la naturaleza y gravedad del delito, la intensidad del daño causado a la víctima o la existencia de un contexto de dominación violenta psicofísica o sexual o los desequilibrios de poder entre los integrantes de la interacción conflictiva (así, considerando 46 de la Directiva 2012/29/UE).

La neutralización de los riesgos de revictimización es primordial para concluir que el espacio comunicativo redundará en interés de la víctima, al ofrecer un escenario fértil a la satisfacción de sus necesidades de atención y escucha. En este plano debe incardinarse la intervención del Ministerio Fiscal. Su carácter de promotor de la acción de la justicia en interés de la sociedad (artículo 124 de la Constitución española), de protector de los derechos de las víctimas (artículo 773.1 LECrim), o de especial garante de las víctimas menores de edad (artículo 19 LEVD) justifica plenamente que en supuestos de víctimas necesitadas de especial protección, antes de acordar la derivación, el Juez o Tribunal confiera audiencia al Ministerio Fiscal y cuente, también, con el apoyo de las Oficinas de Asistencia a las Víctimas (artículo 29 LEVD), que deben estar integradas por profesionales con una sólida formación victimológica.

En la misma línea, la formación y experiencia de los facilitadores constituye una exigencia de primera magnitud, cualquiera que sea la modalidad organizativa que se siga: profesionales adscritos a los Juzgados o Tribunales o externos a los mismos. Las víctimas especialmente vulnerables por razones personales, relacionales o contextuales, no están excluidas de la derivación a las técnicas restaurativas. Lo que si precisan es una tutela reforzada que se traduce en una especial ponderación por el juez o tribunal de cada caso concreto para evitar que la edad, la discapacidad o la asimetría de poder puedan limitar su capacidad para consentir libre y voluntariamente o puedan favorecer situaciones de revictimización.

En los casos de menores de edad, por ejemplo, será recomendable partir de una perspectiva holística de la legislación (atendiendo, fundamentalmente, a lo dispuesto en los artículos 2 y 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor en redacción conferida por la LO 8/2015, de 22 de julio), de manera que, sin perjuicio del análisis adicional de las circunstancias del caso concreto, con carácter general se excluya la derivación de menores de doce años (respecto a los cuales no existe una presunción normativa de madurez), se estime como extraordinaria la derivación de menores entre doce y catorce años (únicamente a partir de esta última edad se tiene responsabilidad jurídico penal), alcance mayor presencia en los casos de menores entre catorce y dieciséis años y, finalmente, sea frecuente con mayores de dieciséis años.

Lo determinante, en todo caso, será el grado de madurez del menor, juicio ponderativo que deberá hacer en juzgador en cada caso (al respecto, véase Sentencia del Tribunal Supremo –en adelante, STS 699/2014, de 28 de octubre en un supuesto de ejercicio del derecho a la dispensa legal para declarar en juicio), así como el papel de apoyo que en ocasiones pueden aportar terceras personas (Tamarit, 2015).

### **La garantía de trato como inocente del investigado/encausado**

La garantía de trato como inocente del investigado/encausado explica que, en las fases previas al enjuiciamiento, únicamente quepa que el Juez o Tribunal derive el procedimiento de mediación cuando el mismo haya reconocido los elementos fácticos del caso. Sabido es que la presunción de inocencia tiene una doble dimensión: como regla de procedimiento y como regla de juicio (por todas, Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos caso Arraigo y Vella c. Malta de 10 de mayo de 2005, caso Lizaso Azconobieta c. España de 28 de junio de 2011 y caso Neagoe c. Rumania de 21 de julio de 2015).

La presunción de inocencia como regla de tratamiento conlleva la obligación de tratar al acusado como inocente durante todo el proceso, hasta que una sentencia firme declare su culpabilidad (Subijana, 2015). La presunción de inocencia como regla de juicio obliga a que la declaración de culpabilidad del destinatario de la pretensión penal se asiente en una inequívoca y concluyente prueba de cargo.

El respeto a la presunción de inocencia como regla de tratamiento exige que no quepa la derivación cuando el acusado niegue la pertenencia del hecho. Es decir, cuando, desde la perspectiva factual, declare que no es culpable del hecho porque no ha participado en el mismo. Es obvio que si el hecho no le pertenece, porque niega que lo haya realizado, una derivación por el Juez o Tribunal del caso al espacio de mediación supondría tratar como presunto culpable a quien se presume inocente.

Diferente es, sin embargo, el caso de quien, admitiendo que el hecho sustancialmente le pertenece, se opone a la significación jurídica que se pretende del mismo, sea por estimar que no es típico, por considerar que, siendo típico, no es injusto o por valorar que siendo injusto no le es reprochable.

Si el procedimiento tiene por objeto un delito de lesiones por deformidad, cabe la derivación, sin lesionar el derecho a un trato como inocente, si el investigado/encausado afirma ser causante de las mismas pero estima que lo provocado no es una deformidad o

considera que se produjeron en legítima defensa. En cambio, no sería posible la derivación si dice que él no causó las referidas lesiones.

Si el procedimiento tiene por objeto un delito de estafa por haber simulado en el tráfico mercantil una solvencia de la que se carece y, de esta manera, haber obtenido un beneficio económico a costa del perjuicio de quien dispuso de bienes o servicios por estimar solvente a quien no lo era, será posible la derivación si se admite haber obtenidos los bienes o servicios a través de la contratación y haber causado un perjuicio al no haber satisfecho la contraprestación pactada pero, sin embargo, se niega haber simulado una solvencia inexistente, manteniendo que fueron circunstancias sobrevenidas e imprevisibles las que hicieron imposible el cumplimiento de lo debido. No será factible, sin embargo, la derivación cuando se niega haber realizado la contratación de los bienes o servicios cuyo precio no se sufragó.

En el delito de administración desleal será factible la derivación cuando se admita la realización de los actos de administración del patrimonio ajeno que se tildan de desleales y únicamente se cuestione que los mismos se realizaron quebrando las reglas de una administración leal y, por el contrario, no será posible la misma ni se niega la propia realización de los actos de administración.

### **La garantía de la reparación**

La garantía de la reparación exige que el objeto de la mediación sea la restauración del conflicto generado por la infracción penal en términos fértiles para la pacificación individual y social. Desde esta perspectiva, indicadores positivos para la derivación son:

- a) La necesidad de modificar las dinámicas relaciones de las personas involucradas en el conflicto porque se integran en sistemas comunes (familiares, laborales, profesionales, educativos) o comparten espacios (lúdicos, sociales), lo que alimenta controversias futuras.
- b) La capacidad de las partes para identificar su respectivo interés.
- c) La voluntad de solución del problema (mirada al futuro) y no de venganza (mirada al pasado).

La restauración puede lograrse a través de la combinación de estrategias de compensación diversas, como la económica, la prestacional, la terapéutica o la simbólica, y puede consistir, en muchas ocasiones, en remodelar, a modo de reparación transformadora o reconstructiva (Tamarit, 2015) unas relaciones preexistentes claramente criminógenas (a modo de ejemplo, contextos de dominación en áreas familiares, educativas, profesionales o sociales).

Traemos, a estos efectos, el concepto de reparación contenido en el artículo 112 del Código Penal: La reparación podrá consistir en obligaciones de dar, hacer o no hacer.

Hacemos mención, también, a la pacífica jurisprudencia que estipula que cualquier forma de reparación del delito o de disminución de sus efectos, sea por la vía de la restitución, de la indemnización de los perjuicios, de la reparación moral o incluso de la reparación simbólica, pueden integrar las previsiones de la atenuante (por todas, STS 616/2014, de 25 de septiembre).

Incluso es sumamente ilustrativa la mención jurisprudencial a la reparación como restauración a costa del infractor (STS 521/2015, de 13 de octubre).

En este plano es factible la articulación de lo restaurativo con lo terapéutico. En multitud de ocasiones la reparación diseñada por las partes transita por la construcción de un espacio jurídico que posibilite la implantación de un tratamiento específico que facilite la asistencia médica especializada de trastornos mentales o la debida implantación de programas de deshabituación de adicciones químicas.

Para conferir pleno rendimiento a esta perspectiva es sumamente fructífera la cooperación judicial y sanitaria que, dentro de sus respectivas competencias:

- a) Permita al juez o tribunal decidir qué procede imponer para posibilitar la estrategia terapéutica (una medida o una inejecución).
- b) Posibilite al ámbito sanitario determinar dónde procede su implantación (qué recurso sanitario es el más idóneo para obtener el objetivo pretendido)
- c) Favorezca a ambos deslindar de forma cooperativa cómo se lleva a cabo lo acordado en el lugar indicado.

### **La garantía de privacidad**

La garantía de privacidad exige que el espacio de comunicación sea confidencial, de manera que nada de lo tratado o acordado pueda acceder al procedimiento sino es con el consentimiento conjunto de la víctima y el investigado/encausado. De esta manera los mediadores y los profesionales que participen en el procedimiento de mediación (auxiliares, peritos, orientadores jurídicos) estarán sujetos a secreto profesional con relación a los hechos y manifestaciones de que hubieran tenido conocimiento en el ejercicio de su función (artículo 15.2 LEVD) y las partes al deber de sigilo respecto a lo conocido en el procedimiento de mediación.

Esta garantía tiene varias exigencias:

- a) Que la falta de inicio o la falta de culminación del espacio de mediación serán comunicadas al Juez o Tribunal sin especificar el motivo o la razón de la falta de inicio o del inicio sin culminación.
- b) Que, de celebrarse un juicio adversarial, no podrá ser fuente de prueba de lo ocurrido en el espacio de mediación ni el facilitador ni ninguno de los dos intervinientes.
- c) Que, de culminarse el espacio de mediación con un acuerdo, el acta de reparación, en el que se plasma el mismo, se entregará a las partes y al Ministerio Fiscal para que la gestionen procesalmente, sin remisión al Juez o Tribunal.

Respecto al último extremo, debe evitarse que el acta de reparación funcione o pueda utilizarse como un elemento probatorio y tal riesgo, implícito o explícito, existe si el acta de reparación se transmite al Juez o Tribunal, incorporándolo al procedimiento. Únicamente será factible esta incorporación cuando no exista riesgo de su utilización como elemento probatorio.