

EL PAPEL DEL ABOGADO EN EL MARCO DE LA MEDIACIÓN PENAL

I.- INTRODUCCIÓN. Crisis del sistema punitivo. La Justicia Restaurativa como complemento del proceso penal.

II.- MEDIACIÓN PENAL. Concepto y principios informadores. Marco legal. Infracciones penales susceptibles de mediación. Consecuencias legales de la mediación.

III.- LA MEDIACIÓN EN LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL. Principio de oportunidad Vs principio de legalidad. La mediación penal en las distintas fases procesales. Juicio de Faltas. Delitos: Fase de Instrucción y Fase de enjuiciamiento.

IV.- EL PAPEL DEL ABOGADO EN EL MARCO DE LA MEDIACIÓN PENAL. La función del abogado. El abogado en la mediación penal. Conclusiones.

V. ANEXOS. SUPUESTOS PRÁCTICOS.

I. INTRODUCCIÓN.

Antes de entrar propiamente en el tema del que trata mi ponencia, que consiste en determinar cuál es o debe ser el papel del abogado en el marco de la mediación penal, no puedo evitar realizar una introducción en la materia que sirva para contextualizar la mediación dentro del proceso penal, que a fin de cuentas es el instrumento del que los abogados nos servimos para realizar la función de asistir a nuestros clientes en la defensa de sus intereses, tanto cuando son víctimas del delito como, fundamentalmente, cuando aparecen como presuntos infractores del mismo.

Crisis del sistema punitivo.

El proceso penal, fundamentalmente, es el instrumento necesario y exclusivo para la aplicación del *ius puniendi* que corresponde al Estado, es decir, el medio para sancionar penalmente a los autores de delitos y faltas, siendo fines esenciales al mismo además del anterior la reparación de la víctima y lograr la rehabilitación del condenado.

Sin embargo, la realidad viene demostrando ya hace muchos años que el proceso penal por sí mismo y tal y como está configurado no alcanza a cumplir los fines que persigue:

1. La monopolización de la solución de conflictos mediante el ejercicio en exclusividad del *ius puniendi por parte del Estado* se muestra abiertamente insuficiente ante el creciente número de infracciones que se cometen año tras año. Ni el endurecimiento de las penas ni la configuración de nuevos tipos penales consiguen los efectos deseados y sin embargo, el atasco de los juzgados sí tiene efectos perversos:

a. En la justicia intrínseca de las resoluciones dictadas por unos jueces tan preocupados por cuándo que por cómo resolver. Los conflictos penales dejan de ser problemas de personas y pasan a ser números de problemas que hay que resolver con la mayor celeridad posible.

b. En la percepción de la justicia por los ciudadanos. Siempre se ha dicho con razón que una justicia lenta no puede ser justa. Tener que esperar en muchos casos más de dos años desde que se inicia hasta que finaliza el proceso penal genera perjuicios irreparables tanto para el denunciante como para el denunciado.

2. La reparación de la víctima. Como ha descrito muy bien el sociólogo Neil Christie: "La víctima en un caso penal es una especie de perdedor por partida doble, en primer lugar frente al infractor y después frente al Estado. Está excluido

de cualquier participación en su propio conflicto, el Estado le roba su conflicto. Todo es llevado a cabo por profesionales quienes a causa de su instrucción (de nuestra instrucción) son incapaces de dejar que las partes decidan lo que crean pertinente”.

Todos los que intervenimos en el proceso penal somos conscientes que para las víctimas denunciar un hecho delictivo en muchos casos se convierte en una auténtica carga:

1º. Todo son obligaciones: desde denunciar hasta colaborar con la justicia declarando en fase de instrucción y en el juicio oral.

2º. La desinformación, en la mayoría de los casos es absoluta. La víctima no sabe el estado de tramitación de su causa, la duración previsible, los posibles efectos sobre el infractor. En muchas ocasiones se reciben consultas en el despacho referentes a víctimas que solamente quieren información de su situación en el proceso: para qué se les ha citado, quién va a estar presente en su declaración, si va a estar presente el denunciado mientras declaren, si se lo va a encontrar mientras esperan que empiece el juicio.

3º. Toda su posibilidad de intervención se limita a un rápido ofrecimiento de acciones mediante la cita de los artículos 109 y 110 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sin que en ningún caso, se le dé la posibilidad de intervenir efectivamente en el proceso y en su resolución.

3. Qué decir de los fines de reinserción y resocialización del penado. En casi ningún caso la privación de libertad en los centros penitenciarios es un medio efectivo para lograr la resocialización del penado y cuando se consigue normalmente es a pesar de dicho sistema ya que está más que estudiado que las prisiones y el internamiento colectivo que conllevan constituye un factor criminógeno y no resocializador.

La Justicia Restaurativa como complemento del proceso penal.

Acreditada la deficiencia del proceso penal, tal y como está configurado actualmente para lograr los fines que tiene encomendados, surge la Justicia Restaurativa como una nueva filosofía de la justicia en general y del derecho penal en particular que se centra en dar un mayor protagonismo a los afectados de forma directa e indirecta por el delito.

En palabras de Niall Kerney, Presidente del European Forum for Restorative Justice, *“La Justicia Restaurativa se cuestiona la forma en que se ha hecho justicia hasta ahora, y ofrece un nuevo enfoque que sitúa a víctima e infractor en el centro de la búsqueda de la justicia. Por un lado, para la víctima, la Justicia Restaurativa ofrece un ambiente seguro para hacer preguntas y encontrar respuestas que sólo el infractor puede dar, ofrece una oportunidad para que la víctima explique al infractor el alcance de los daños causados por el delito y encuentra una forma de evitar el daño causado y restablecer la paz. Por otro lado, apoya al infractor para que rinda cuentas directamente con la persona más perjudicada por el delito, proporciona un espacio seguro para ofrecer una disculpa y demostrar que el daño no se repetirá”*

Es decir, la Justicia Restaurativa persigue a través del encuentro y participación de los afectados directa o indirectamente por el delito la reparación moral y material de los daños causados y la reintegración efectiva a la sociedad de víctima e infractor. Es importante señalar ya desde este momento que para el infractor la participación en el proceso va a exigir en la mayoría de los casos un reconocimiento de su participación del hecho delictivo, en tanto que para la víctima una identificación de sus sentimientos y emociones que le permitan conocer si puede ser reparada por el infractor y de qué modo.

Las ventajas de la Justicia Restaurativa en relación a los fines que persigue el proceso penal resultan claramente apreciables, tanto en relación a la víctima como en relación al infractor y en relación a la sociedad en general:

a. La víctima:

- a. Pasa a tomar parte activa del conflicto y del proceso, lo que transforma el miedo y la incertidumbre que genera la desinformación en confianza y seguridad.
- b. Puede expresar con seguridad directamente al infractor el daño que se le ha causado y cómo quiere y necesita ser reparada.
- c. Hablar directamente con el infractor y recibir sus disculpas y arrepentimiento constituye una auténtica reparación moral que ayuda a que la víctima recupere la confianza y la seguridad vital.
- d. La reparación es íntegra por ser decidida voluntariamente por las partes y se lleva a efecto antes de finalizar el proceso penal.

b. El infractor:

- a. Se responsabiliza de la conducta infractora.
- b. Conoce directamente de la víctima el daño que ha causado, posibilitando actitudes de empatía fundamentales no sólo para prevenir la escalada del conflicto sino para facilitar su resolución.
- c. Se esfuerza en reparar el daño causado lo que tiene consecuencias positivas para modificar la conducta infractora y reduce el riesgo de reincidencia.
- d. Reduce las consecuencias penales de la infracción cometida y favorece su reinserción social.

c. La sociedad:

- a. Al perder las partes su rol de víctima e infractor se reconstruye la paz social quebrada por el delito.
- b. Se controla la escalada delictiva.
- c. Se incrementa la confianza en la justicia penal.
- d. Se consigue una sociedad más justa por medio de su participación en la solución de sus conflictos.

II. MEDIACIÓN PENAL.

Concepto y principios informadores.

La mediación penal es uno de los instrumentos al servicio de un sistema de Justicia Restaurativa y se puede definir como un método de resolución pacífica de conflictos con intervención de una tercera persona imparcial y experta que ha sido previamente solicitada y aceptada por las partes, ya sea a iniciativa propia o de una autoridad y que tiene por objeto ayudar a esas personas y facilitarles la obtención por sí mismas, de un acuerdo satisfactorio.

Son principios informadores de la mediación penal los siguientes:

- A. Voluntariedad. Tanto víctima como infractor deben participar voluntariamente en la mediación.
- B. Gratuidad. El proceso será totalmente gratuito para las partes.
- C. Confidencialidad. Se garantizará la confidencialidad de la información obtenida en el proceso de mediación, de tal modo que el Juez sólo tendrá conocimiento de la resolución final adoptada (acta final) y de todo aquello que ambas partes deseen expresar.
- D. Oficialidad. La derivación de los casos a mediación le corresponde al Juez, pudiendo llevarse a cabo a propuesta del Ministerio Fiscal o del abogado de la defensa.
- E. Flexibilidad. El proceso de mediación es flexible en cuanto a los plazos de las entrevistas y la conclusión del proceso aunque es conveniente establecer plazos temporales para no retrasar la instrucción de la causa o el enjuiciamiento.
- F. Bilateralidad. En el proceso de mediación ambas partes expresan sus pretensiones, sin más limitación que las establecidas por el mediador, dejándose abierta la posibilidad de que intervengan terceras personas afectadas por el delito distintos de víctima e infractor.
- G. Neutralidad. Es labor del mediador evitar situaciones de superioridad o fuerza, buscándose una situación de equilibrio entre las partes.

Marco legal de la mediación penal.

Sólo en el ámbito de la responsabilidad penal de los menores, concretamente en los art. 19 y 51.3 de la LO 5/2000, modificada por la LO 8/2006, de 4 de diciembre, encontramos un referente legislativo que permite soluciones de mediación y reparación que satisfaga a víctima e infractor y que según se realicen en fase de instrucción o de ejecución de sentencia, podrán dar lugar al sobreseimiento de la causa en el primer caso o a la sustitución o suspensión de la medida impuesta en el segundo.

No resulta justificada la absoluta ausencia de regulación de la mediación penal en nuestra legislación nacional, máxime si tenemos en cuenta que en el ámbito europeo, la Decisión marco del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, establece en su art. 10 que los Estados miembros procurarán impulsar la mediación en las causas penales para las infracciones que a su juicio se presten a este tipo de medida y velarán para que pueda tomarse en consideración todo acuerdo entre víctima e inculpado que se haya alcanzado con ocasión de la mediación en las causas penales emplazando el art. 17 a los Estados miembros para que a más tardar el 22 de marzo de 2006 pongan en vigor las disposiciones legales necesarias para dar cumplimiento a lo estipulado.

Como puede comprobarse, más de cuatro años después de la publicación de la decisión marco, nuestro legislador no ha llevado a cabo la trasposición de la citada decisión marco en cumplimiento de lo estipulado en la misma.

No obstante lo anterior y a pesar de que las decisiones marco carecen de efecto directo, resulta altamente relevante la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 16 de junio de 2005, en el Asunto C-105/03 (María Pupino), relativa a la decisión marco que aquí nos afecta y en la que se plantea la cuestión de si se puede negar a las víctimas la invocación de la Decisión marco en procedimientos nacionales por la referencia incluida en el art. 34

UE a la ausencia de efecto directo. El Tribunal Europeo concluye que *el órgano jurisdiccional nacional está obligado a tomar en consideración todas las normas del Derecho nacional y a interpretarlas, en todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de dicha Decisión marco*. Es decir, el único límite vedado para tomar en consideración la finalidad de la decisión marco es realizar una interpretación contra legem de la normativa nacional.

Dos son por tanto las finalidades de la decisión marco: la primera impulsar la mediación en las causas penales para las infracciones que a juicio del legislador se presten a ese tipo de medida y segunda tomar en consideración todo acuerdo entre víctima e inculpaado que se haya alcanzado con ocasión de la mediación en las causas penales.

En relación con la primera finalidad, el legislador únicamente ha delimitado las infracciones susceptibles de mediación en sentido negativo, esto es, declarando expresamente su prohibición en las infracciones relacionadas con la violencia de género en virtud de lo dispuesto en el art. 87. ter.5, introducido por el art 44 de la LO 1/2004 de Medidas de Protección integral contra la violencia de género. En cuanto al impulso de la mediación en el resto de infracciones llevamos varios años de experiencias piloto en diferentes juzgados a lo largo y ancho del territorio nacional, siendo el Juzgado de Instrucción nº 3 de Pamplona el primero en iniciar esta experiencia a la que posteriormente se han unido el Juzgado de Instrucción nº 2 y los Juzgados de lo Penal nº1, nº 2 y nº 3 también de Pamplona.

Para llevar a efecto la segunda de las finalidades previstas en la decisión marco, tomar en consideración todo acuerdo entre víctima e inculpaado, los operadores jurídicos nos vemos obligados a usar los mecanismos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y del Código Penal interpretando tales disposiciones de acuerdo con el espíritu de la decisión marco.

Infracciones penales susceptibles de mediación.

El principio general es que ningún delito debe quedar descartado de la mediación siempre que existan dos partes identificables, una como víctima y otra como persona acusada, salvo en aquellos que den lugar a situaciones manifiestas de desigualdad.

No obstante existen supuestos que conviene analizar:

* **Delitos de violencia de género.** Como ya hemos indicados es el único supuesto en el que el legislador se ha manifestado expresamente para considerar vedada la posibilidad de su mediación. A pesar de que entiendo que en muchos de los supuestos que llegan a los juzgados a diario no concurre la situación de desigualdad que podría justificar de forma objetiva su exclusión, entiendo que no cabe interpretar la decisión marco europea en contra de la normativa nacional por lo que en todo caso, incluidas las faltas, en que concurra un elemento de violencia de género, no será posible la mediación penal.

* **Mediación en delitos que no existe víctima concreta.** Existen delitos en que la víctima no es una persona concreta, sino que puede ser un colectivo amplio de personas (delitos de riesgo como los delitos contra la seguridad vial, contra la salud pública o el medio ambiente), el Estado (p.ej. delitos contra la administración de justicia como el quebrantamiento de condena). La problemática surge en torno a la posibilidad de crear una víctima simbólica que represente el interés dañado por el delito y permita la responsabilización del acusado respecto de la conducta infractora por medio del diálogo con esa víctima simbólica, restableciendo la vigencia de la norma vulnerada.

* **Cuando la víctima o perjudicado es persona jurídica.** En estos casos, la mediación es perfectamente posible con la única salvedad que la persona jurídica intervendrá en la mediación a través de un representante, siendo conveniente que a dicho representante le sea extensible la condición de víctima o perjudicado por el delito por su relación con la persona jurídica y que no se trate de un representante

legal ajeno a la misma y designado a los efectos exclusivamente representativos y de defensa de los intereses económicos de la persona jurídica.

* **Mediación en delitos de atentado, resistencia y los cometidos por los funcionarios públicos.** La desigualdad de poder entre las partes hace plantear la duda sobre la conveniencia de someter a mediación estos delitos, existiendo supuestos similares como los delitos cometidos contra los trabajadores. En todo caso, corresponderá al mediador, una vez haya escuchado a las partes individualmente, la valoración de la posibilidad del inicio de la mediación.

Consecuencias jurídicas de la mediación penal.

Aunque en principio la celebración de la mediación penal con acuerdo entre las partes tiene su repercusión jurídica más natural en la obtención de una sentencia de conformidad con la acusación, lo cierto es que no siempre es así y que dependiendo de la fase procesal en que nos encontremos (instrucción, enjuiciamiento y ejecución), las consecuencias legales de la misma serán diferentes.

1. Antes del enjuiciamiento. Si la mediación se ha realizado con éxito antes de enjuiciarse el delito, su principal concreción legal consistirá en la aplicación de la atenuante de reparación del daño, pudiendo ser valorada como simple o como muy cualificada, con la consecuencia en este segundo caso de la rebaja de la pena en uno o dos grados.

Entiendo no obstante que esa no es la única aplicación posible del acuerdo de mediación ya que las partes pueden incluir en el acta un reconocimiento de hechos consensuado que no tiene por qué coincidir con el escrito de acusación del Ministerio Fiscal y puede conducir a la aplicación de alguna otra circunstancia atenuante o incluso una modificación de la calificación jurídica de los hechos.

2. En fase de ejecución de la pena. La mediación celebrada antes o después del enjuiciamiento de los hechos tiene también efectos importantes en la ejecución de la pena en determinados supuestos:

a. Suspensión ordinaria —art. 80 a 86 CP—. Con anterioridad a la concesión de la suspensión, la conciliación entre la víctima y la persona infractora puede ser tomada en consideración a los efectos de cumplimiento del requisito de satisfacción de la responsabilidad civil. Asimismo, puede ser un elemento a tener en cuenta en orden a valorar la disminución o eliminación de la peligrosidad criminal como fundamento de concesión de la suspensión.

b. Suspensión de la pena para personas que han cometido delito por adicción a algunas de las sustancias del art. 20.2 CP -art. 87 CP-. Aunque el fundamento de esta suspensión sea la posibilidad de sometimiento a un proceso de deshabituación o rehabilitación de la adicción a esas sustancias, en los supuestos en que la gravedad del delito sea elevada —robo con intimidación con utilización de medios peligrosos, por ejemplo—, la mediación entre la víctima y la persona infractora puede servir al titular del órgano jurisdiccional como valoración positiva a los efectos de determinar la voluntad de la persona condenada de reparar el daño y de abandonar la adicción a sustancias tóxicas, siempre que guarden relación con el delito cometido.

c. Valoración de la conciliación a los efectos de aplicación de la sustitución de la pena de prisión por multa y/o trabajos en beneficio de la comunidad, prevista en el art. 88 CP, en orden a que quede acreditado "... en particular el esfuerzo por reparar el daño causado" que exige la norma penal.

d. Por otro lado, la mediación en la fase de ejecución, cuando la persona se encuentre cumpliendo condena en el centro penitenciario, también puede ser tomada en consideración a los siguientes efectos:

* Variable a tener en cuenta para la clasificación inicial en régimen abierto. La clasificación o progresión a tercer grado de tratamiento requerirá, además de los requisitos previstos en el Código Penal, que la persona penada haya satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito, considerando a tales efectos la conducta efectivamente observada en orden a

restituir lo sustraído, reparar el daño e indemnizar los perjuicios materiales y morales.

* Valoración positiva para la concesión de permisos penitenciarios. La asunción de la responsabilidad por los hechos cometidos viene siendo valorada como un indicador de evolución treatmental.

* Valoración para la de exclusión del período de seguridad —art. 36.2 CP— para personas condenadas a penas superiores a 5 años. A estos efectos la reparación del daño a través de la mediación/conciliación con la víctima se puede considerar una circunstancia favorable en el tratamiento reeducador para que el/la Juez de Vigilancia pueda valorarla a efectos de excluir el período de seguridad.

* Valoración para la concesión de la libertad condicional, toda vez que la implicación voluntaria de la persona penada en la obtención de un acuerdo de reparación puede ser considerado como una manifestación práctica y concreta de interpretación del concepto jurídico indeterminado “buena conducta”. Por otra parte, esa voluntad del condenado, unida a la reparación, puede facilitar la emisión de un pronóstico favorable de reinserción social.

* Valoración para la aplicación de la libertad condicional anticipada del art. 91.2 CP consistente en adelantar 90 días los cómputos para la libertad condicional por cada año efectivamente cumplido, siempre que se participe en programas de reparación del daño. En los casos en los que la víctima no quiera participar en la mediación, o una vez iniciado el proceso se interrumpa por voluntad suya, el Magistrado del Órgano Jurisdiccional podrá valorar la voluntad de la persona infractora y las actuaciones efectivamente realizadas en orden a reparar el daño, a los efectos de la aplicación penológica correspondiente.

III. LA MEDIACIÓN PENAL EN LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL. FASES PROCESALES.

Principio de oportunidad Vs. Principio de legalidad.

Como ya expuse al analizar el marco legal de la mediación penal, la interpretación del ordenamiento jurídico nacional deberá tener por objeto conseguir los fines previstos en la decisión marco europea, no pudiendo en ningún caso el juez nacional ni el ministerio fiscal llegar a hacer una interpretación en contra de lo dispuesto en el ordenamiento patrio.

En este sentido, en nuestro proceso penal rige mayoritariamente el principio de legalidad en virtud del cual el objeto del proceso no es disponible por las partes salvo pequeñas excepciones, lo que determina que ante la existencia de un hecho punible el Ministerio Fiscal tiene el deber legal de ejercitar y mantener la acción penal.

Tendrán que ser, por lo tanto, otras vías por las que se tome en consideración el acuerdo alcanzado entre víctima e inculcado con ocasión de la mediación, como por ejemplo la aplicación de la atenuante de reparación del daño como muy cualificada.

En tanto no se introduzca en nuestro ordenamiento jurídico el principio de oportunidad en el sentido de facultar al Ministerio Fiscal la facultad de disponer de la acción penal en las condiciones que se determine, conviene prestar especial atención a aquellos delitos en que la parte ofendida sí tiene disposición sobre el inicio o la continuación del proceso penal y que son los delitos privados y semipúblicos en que el perdón del ofendido extingue la acción penal, debiendo tenerse en cuenta lo previsto en el art. 130.5 CP. Tales delitos son:

- . Delitos contra la intimidad, la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio (art. 201.3 CP).
- . Delitos de injuria y calumnia (art. 215.3 CP).
- . Delito de daños por imprudencia (art. 267 CP).

En todos estos supuestos, entiendo que el cauce idóneo para obtener el perdón del ofendido es la mediación penal, donde la víctima va a poder recibir directamente del infractor sus disculpas y su arrepentimiento, así como su voluntad de reparar el daño causado. Concretamente en los delitos contra la intimidad dado el carácter personalísimo del bien jurídico dañado y dada la gravedad de las penas que pueden imponerse de hasta siete años de prisión, acudir a la vía de la mediación la considero prácticamente obligada.

La mediación penal en las distintas fases procesales.

Son varios los momentos procesales en que se puede llevar a cabo la mediación penal. Además del juicio de faltas, en los delitos la mediación puede darse antes o después del enjuiciamiento. Antes del enjuiciamiento se puede desarrollar en fase de instrucción y en la fase intermedia desarrollándose ambas en el Juzgado de Instrucción o en la fase de enjuiciamiento ante el Juzgado de lo Penal o Audiencia Provincial. En la presente exposición me voy a centrar en el juicio de faltas y en las fases de instrucción-intermedia y enjuiciamiento del procedimiento abreviado, por ser los procedimientos y fases procesales en los que se suele practicar mediación penal

A. Faltas.

Una vez incoado el juicio de faltas y acordada su derivación a mediación (bien de oficio o a instancia de alguna de las partes), si la misma finaliza sin éxito se celebrará el juicio de faltas en tanto que si finaliza con éxito, el acta se unirá a la causa, pudiendo darse dos posibilidades:

- a. Si la falta es perseguible a instancia de parte, el denunciante renunciará a la acción penal y se sobreseerá el juicio de faltas.
- b. En los demás casos, las partes no comparecerán al juicio, por lo que el Fiscal no acusará dictándose sentencia absolutoria.

B. Delitos.

En el caso de delitos la mediación podrá llevarse a cabo en dos momentos procesales distintos, en fase de instrucción o en fase de enjuiciamiento, entendiéndose

que la fase intermedia queda asimilada a la fase de enjuiciamiento. En caso de finalizar con éxito la mediación aparece la figura de la conformidad como instrumento jurídico para canalizarla y que está prevista en los arts. 787 y 801 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

a. Fase de instrucción. Celebrada con acuerdo la mediación en esta fase procesal, caben dos posibilidades:

*. Acogerse a la potestad que otorga el art. 779.51.5ª LECr, de tal modo que si se trata de un delito castigado dentro de los límites del art. 801 LECr, se incoarán diligencias urgentes y continuarán las actuaciones por los trámites previstos en los artículos 800 y 801, con la consecuencia favorable para el infractor que además de poder ver reconocida una eventual atenuante por reparación del daño, obtendrá la reducción de pena de un tercio.

*. Si el delito está castigado con pena que supere los límites del art. 801 LECr, la defensa y el Ministerio Fiscal se reunirán para, con aplicación de atenuantes en su caso (reparación del daño, por ejemplo, en sus distintos grados) elaborar un escrito de acusación conjunto o los respectivos pero en el mismo sentido que el de la acusación pública para, tras dictar el auto de apertura de juicio oral y remitir la causa al Juzgado de lo Penal competente, éste dicte la sentencia conforme al escrito previamente conformado.

b. Fase de enjuiciamiento. Si la mediación concluye en la fase intermedia o en la de enjuiciamiento y no se ha llegado a acuerdo el procedimiento continuará normalmente y se celebrará el juicio oral. Si por el contrario la mediación es positiva, entrará en aplicación el art. 787 LECr, que establece que *“antes de iniciarse la práctica de la prueba, la defensa, con la conformidad del acusado presente, podrá pedir al Juez o Tribunal que proceda a dictar sentencia de conformidad con el escrito de acusación que contenga pena de mayor gravedad, o con el que se presentará en ese acto, que no podrá referirse a hecho distinto, ni contener calificación más grave que la del escrito de acusación anterior. Si la pena no excediere de seis años de*

prisión, el Juez o el Tribunal dictará sentencia de conformidad con la manifestada por la defensa, si concurren los requisitos establecidos en los apartados siguientes”.

IV. EL PAPEL DEL ABOGADO EN EL PROCESO DE MEDIACIÓN.

Función del abogado.

Como punto de partida hay que tomar en consideración cuáles son las funciones asignadas al abogado en su ejercicio profesional, para posteriormente incidir en cómo se desarrollan las mismas en el marco de la mediación penal.

- a. El abogado ejerce profesionalmente la dirección y defensa de las partes en toda clase de procesos, con independencia y sujetos al principio de la buena fe (Art. 542 Ley Orgánica del Poder Judicial)
- b. En el proceso penal. Garantizar el respeto y cumplimiento de los principios del derecho penal recogidos en la Constitución teniendo especial relevancia el derecho de defensa y el derecho a un proceso con todas las garantías.
- c. Respeto y cumplimiento de las normas deontológicas que regulan la profesión contenidas en el Estatuto General de la Abogacía y tanto el Código Deontológico adaptado al Estatuto como el Código Deontológico aprobado por el Consejo de Colegios de Abogados de Europa :
 - i. Independencia frente a cualquier presión que la limite, incluidos los tribunales o el propio cliente.
 - ii. Libertad de defensa conforme al principio de la buena fe y a las normas de la correcta práctica procesal.
 - iii. Relación de confianza con el cliente, estando obligado a darle su opinión sobre las posibilidades de sus pretensiones y el resultado previsible del asunto, así como de tenerle informado de su evolución.

El abogado en la mediación penal.

La existencia de un proceso de mediación no supone alteración alguna en el papel que desarrolla el abogado, sino que únicamente cuenta con una herramienta más para realizar las funciones de asistencia y defensa que tiene encomendada para defender de la mejor manera los intereses de su cliente, siendo importante que los abogados tengan unos conocimientos básicos sobre en qué consiste la mediación y sus principios básicos, tales como la voluntariedad y la confidencialidad para desarrollar correctamente su función.

Tres son los momentos en que podemos dividir la labor del abogado en relación con la mediación penal.

1º. El momento previo a que el cliente decida si acepta o no la mediación penal.

Este es un momento fundamental en la intervención letrada, ya que partiendo del hecho incontestable que debe ser el cliente, tanto si es la víctima como si es el infractor, quien debe decidir personalmente si participa o no en la mediación, para ello debe estar perfectamente informado de los siguientes extremos:

- A. Debe ser informado de qué es la mediación, en qué consiste, cuáles son sus principios y sus fines.
- B. El cliente debe conocer con la mayor precisión posible cuál es su situación en el proceso penal, es decir:
 - a. Qué hechos se le imputan y su grado de participación en los mismos.
 - b. De qué delitos es o puede ser acusado.
 - c. Qué probabilidades tiene de resultar absuelto o condenado y, en el segundo caso, qué pena o penas le pueden ser impuestas así como la responsabilidad civil a que deberá hacer frente por los daños causados.

- d. Qué consecuencias pueden tener la imposición final de dichas penas: privación de libertad, privación de derechos, sanción económica, situación de residencia, situación laboral.
- C. Para poder informar de todo ello, el abogado debe:
- a. Estudiar el asunto en toda su profundidad para informar a su cliente si considera que existen o no pruebas suficientes para que sea condenado.
 - b. Conocer todas aquéllas circunstancias que puedan agravar o atenuar la pena que se le pudiese imponer.
 - c. Conocer todas aquellas circunstancias que pudieran influir en la ejecución de la pena o aquellas otras sobre las que la pena pudiera influir:
 - i. Antecedentes penales del cliente.
 - ii. Penas suspendidas y plazos de suspensión.
 - iii. Otros procedimientos penales que tenga en tramitación.
 - iv. Situación laboral de cliente.
 - v. Nacionalidad y residencia.
 - vi. Circunstancias familiares.
- D. Conocidas esas circunstancias, el abogado deberá informar qué implica que acepte participar en el proceso de mediación (reconocimiento de su participación en el hecho punible en orden a reparar el daño causado), y qué consecuencias puede tener para él, considerando que el resultado puede ser positivo o negativo. Será entonces cuando el cliente pueda realmente decidir si le interesa tomar parte del proceso de mediación.

2º. Durante el proceso de mediación.

¿Es aconsejable que el abogado esté presente en las sesiones de la mediación?

En mi opinión es conveniente que le acompañe a la primera sesión informativa porque ello generará más confianza en el cliente y en el propio letrado,

pudiendo recibir ambos todas las explicaciones necesarias sobre en qué consiste la mediación, sus principios y sus objetivos.

Más allá de esta sesión informativa, y teniendo en cuenta que todavía no es ni mucho menos una institución asentada en nuestro ordenamiento jurídico, entiendo que la presencia del abogado no resulta necesaria y por el contrario sí que puede perjudicar que la mediación se desarrolle correctamente.

En primer lugar, el propio infractor puede ver limitada su libertad a la hora de expresarse por cuanto todos sabemos que muchos clientes prefieren no contar la verdad a su abogado y mantienen su inocencia ante el mismo por considerar que así serán mejor defendidos.

En cuanto a la víctima hay que tener en cuenta que en la mayoría de los casos no cuenta con abogado que la defienda por lo que se generaría una desigualdad difícilmente compensable por el mediador, aparte de que también podría ver coartada su libertad por el miedo de que sus palabras pudieran ser utilizadas en juicio si la mediación no resulta positiva, lo que indudablemente generará dudas en el abogado si considera que el respeto a la confidencialidad de la mediación puede privarle de opciones en la defensa de su cliente por haber tenido conocimiento de hechos que pudieran resultar relevantes en el juicio.

Por lo tanto, entendemos que aceptada la mediación por el infractor y la víctima esta debe desarrollarse exclusivamente con ellos y el mediador o mediadores que guíen el proceso, sin perjuicio de que las partes sigan siendo asistidas por sus letrados fuera de la mediación en todas aquellas cuestiones que se planteen.

En caso de llegarse a un acuerdo de mediación sí será importante que el mediador dé traslado del mismo a los abogados de las partes para que puedan dar su aprobación a los términos en que está redactado o introduzcan las propuestas que consideren oportunas con el objeto de negociar la conformidad con el Ministerio Fiscal. En este sentido, habrá que tomar en consideración las distintas opciones para hacerlas constar o no en el acuerdo:

- a. Incluir un expreso reconocimiento de hechos.
- b. Hacer constar si se ha abonado la indemnización reclamada por la víctima o si la víctima renuncia a la indemnización, en cuyo caso habrá que hacer constar que se da por indemnizada de los daños morales causados.
- c. Dejar constancia de otros hechos por voluntad de ambas partes que puedan ser relevantes en la negociación con el fiscal para la determinación de la pena, como por ejemplo que el infractor se encontraba bajo la influencia de bebidas alcohólicas en el momento de cometer los hechos o que existió una previa agresión o intento de agresión de la víctima.

3º. Después de la mediación.

Cabe que la mediación haya terminado con o sin acuerdo.

- a. Sin acuerdo. Esta es la situación más crítica para el infractor, por cuanto con su participación en el proceso de mediación ha reconocido su responsabilidad en los hechos que se le imputan y, sin embargo, tiene que acudir a un juicio oral. En principio y respecto del Juzgador, su derecho a la presunción de inocencia no debería resultar afectado por cuanto el Juez sólo tiene conocimiento de que la mediación no ha surtido efecto, desconociendo las causas, pudiendo ser debido a la negativa de participar las partes, a la falta de localización de alguna de ellas, etc. El problema para el infractor es que resulta complicado retomar su posición jurídica de presunto inocente con derecho a no confesarse culpable ni a declarar contra sí mismo cuando ha reconocido su responsabilidad cara a cara con la víctima y ha tenido conocimiento directo del daño causado.
- b. Con acuerdo. Si la mediación ha finalizado con acuerdo entre víctima e infractor, lo normal será que el abogado negocie con el fiscal para obtener una sentencia de conformidad. Opciones que se podrán plantear al Ministerio Fiscal:

- a. la apreciación de la atenuante muy cualificada de reparación del daño con la rebaja de pena de uno o dos grados,
 - b. la apreciación de alguna otra atenuante que se derive del reconocimiento de hechos a que han llegado las partes en el acuerdo de mediación.
 - c. Excepcionalmente, la modificación de la calificación jurídica de los hechos.
 - d. conformidad del fiscal a la suspensión de la ejecución de la pena o a su sustitución por multa o trabajos en beneficio de la comunidad.
- c. Puede que no se llegue a la conformidad porque el Ministerio Fiscal no esté conforme con alguna o algunas de las propuestas de la defensa lo que hará que el procedimiento continúe, celebrándose el juicio oral. En tal caso, entiendo que la vista quedará reducida a la discusión de cuestiones como el grado atenuatorio de la reparación del daño derivado de la mediación penal, la calificación jurídica de los hechos o alguna disconformidad con el relato de hechos del escrito de acusación en base al reconocimiento de hechos realizado en el acta de mediación o lo que las partes manifiesten libremente en el juicio oral.

Conclusiones.

1. La mediación penal no supone una alteración del papel que desarrolla el abogado en el proceso penal.
2. Para que víctima o infractor de acudir puedan decidir libremente su participación en el proceso penal es fundamentalmente que estén debidamente informados de su situación en el proceso penal, todas sus posibles consecuencias y los efectos de intervenir en dicha mediación.
3. En tales condiciones la mediación constituye una herramienta fundamental para el abogado que tendrá como manifestación jurídica principal la de habilitar conformidades con el Ministerio Público con

un mayor respeto a las garantías procesales de ambas partes y de sus abogados que en las conformidades tradicionales.

4. Es necesario que los abogados tengan conocimientos básicos de mediación para poder informar debidamente a sus clientes y adoptar posiciones más activas informando a los clientes de la posibilidad de instar la celebración de procesos de mediación en supuestos de reconocimiento de hechos, voluntad de reparar el daño, delitos en que el perdón del ofendido extingue la acción penal, etc.
5. Entendiendo que la mediación es un proceso voluntario que busca a través del reconocimiento del hecho por el infractor y el perdón del ofendido una solución más justa al conflicto penal deberán evitarse por los abogados situaciones contrarias a la ética profesional en que se promuevan o faciliten participaciones en dichos procesos sin la debida voluntad de alcanzar un acuerdo o cuando se pretendan soluciones desproporcionadas a la entidad del daño producido.
6. Por último, indicar la esperanza de que nuestro legislador cumpla lo establecido en la decisión marco, aprobando las disposiciones legales necesarias para hacer efectiva la toma en consideración de los acuerdos entre víctima e inculpaado en la mediación penal mediante:
 1. Regulación específica de la mediación penal en la normativa procesal.
 2. Regulación del Estatuto del Mediador.
 3. Dando cabida al principio de oportunidad para determinados delitos y en determinadas condiciones cuando se ha llegado a un acuerdo de mediación.
 4. Permitir la mediación en los delitos de violencia de género que no se aprecie una manifiesta desigualdad entre las partes.