

# El modelo de justicia restaurativa: una propuesta de aplicación tras la entrada en vigor de la Ley 4/2015 del estatuto de la víctima del delito

Ignacio José Subijana Zunzunegui

Magistrado. Presidente de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa. Doctor en Derecho

Izaskun Porres García

Abogada-Economista. Doctoranda en Derecho

Marta Sánchez Recio

Fiscal. Responsable de la Sección de Mediación de la Fiscalía de Gipuzkoa

## resumen

El presente artículo, tras la entrada en vigor de la Ley 4/2015, del estatuto de la víctima del delito, trata de ofrecer una propuesta de aplicación del modelo de justicia restaurativa que, por primera vez en nuestra legislación, encuentra reflejo en el artículo 15 de la referida Ley. Para ello, examina tres perspectivas: el plano constitucional, encaminado a perfilar las garantías que permitan satisfacer las exigencias del proceso debido; el plano procesal, centrado en la adecuada implantación del espacio de comunicación en cada fase del procedimiento como la incorporación de lo elaborado en el citado espacio al mismo y, finalmente, el plano sustantivo, ceñido a posibilitar la satisfacción de los objetivos asignados por el sistema jurídico al orden penal.

## palabras clave

Faltes paraules.

## abstract

El presente artículo, tras la entrada en vigor de la Ley 4/2015, del estatuto de la víctima del delito, trata de ofrecer una propuesta de aplicación del modelo de justicia restaurativa que, por primera vez en nuestra legislación, encuentra reflejo en el artículo 15 de la referida Ley. Para ello, examina tres perspectivas: el plano constitucional, encaminado a perfilar las garantías que permitan satisfacer las exigencias del proceso debido; el plano procesal, centrado en la adecuada implantación del espacio de comunicación en cada fase del procedimiento como la incorporación de lo elaborado en el citado espacio al mismo y, finalmente, el plano sustantivo, ceñido a posibilitar la satisfacción de los objetivos asignados por el sistema jurídico al orden penal.

## key words

Falten paraules.

## 1. Introducción

El sistema de justicia del siglo XXI tiene que ser versátil, ofreciendo modelos de respuesta acordes con las necesidades de las personas que acuden a solicitar una tutela jurídica. Puede afirmarse, sin ambages, que la función pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado puede desplegarse de maneras distintas superando, de esta manera, una concepción estática de lo jurisdiccional que ubica al juez en el plano resolutivo y coloca a las partes en una perspectiva postulante. En este sentido, un rol del juez como agente institucional que posibilita la composición de los conflictos favorece una concepción netamente instrumental de la tarea de juzgar, en la que lo determinante son los intereses de las personas (Rios, 2015), confirmando, de esta manera, máxima prioridad al paradigma de humanidad (Subijana, 2013). Para ello, es preciso ofrecer a las personas diversos modos de impartir justicia, unos de corte adversarial, basados en la existencia de posiciones antagónicas formuladas de modo equitativo para que el juez resuelva, y otros, de perfil comunicativo, en el que las partes exhiben sus intereses con la ayuda de uno o varios facilitadores y ofrecen una solución convenida que el juez asume, si respeta la legalidad.

Este nuevo modelo de justicia es aplicable a cualquier orden jurídico, si en bien, en esta reflexión, vamos a limitar nuestro análisis al orden penal. En este sector del ordenamiento, el modelo de justicia restaurativa, consciente de que el juicio es un escenario para aquilatar, probar y refrendar posiciones y no un espacio para afrontar necesidades, plasmar inquietudes y formular preguntas, aun sin respuesta (Varona, 2014), pretende conceder a las partes la opción de habilitar un espacio de comunicación dentro del proceso para atender, entender, comprender y solucionar. En este modelo, el juez tiene un papel inicial, posibilitando el proceso de comunicación a través de la derivación, y otro, final, de homologación de lo acordado por las partes por su compatibilidad con la ley. El juez no tiene, por lo tanto, una función resolutive. Y ello no coloca su tarea pública fuera de la función constitucional de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado-artículo 117.3 CE-, pues admitido está en el sistema jurídico español la figura del juez que homologa lo acordado por las partes (a modelo de ejemplo, las conformidades).

## 2. El marco normativo del modelo de justicia restaurativa

### 2.1. La Directiva 2012/12/UE

Tras la limitada referencia que hizo el artículo 10 de la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo de 15 de marzo de 2001 a la mediación penal, es el artículo 2 d) de la **Directiva 2012/12/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos y por la que se sustituye la Decisión Marco 2011/220/JI** el que define la justicia restaurativa como cualquier proceso que permita a la víctima y al infractor participar activamente, si dan su consentimiento libremente para ello, en la solución de los problemas resultantes de la infracción penal con la ayuda de un tercero imparcial. Desarrollando esta previsión, el artículo 12.1 del mismo texto legal 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. Estas medidas garantizarán que aquellas víctimas que opten por participar en procesos de justicia reparadora tengan acceso a servicios seguros y competentes, siempre que se cumplan, como mínimo, las condiciones siguientes:

- A) que se recurra a los servicios de justicia reparadora si redundan en interés de la víctima, atendiendo a consideraciones de seguridad, y se basan en el consentimiento libre e informado de la víctima, en cual podrá retirarse en cualquier momento;
- B) antes de que acepte participar en el proceso de justicia reparadora, se ofrecerá a la víctima información exhaustiva e imparcial sobre el mismo y sus posibles resultados, así como sobre los procedimientos para supervisar la aplicación de todo acuerdo;
- C) el infractor tendrá que haber reconocido los elementos fácticos básicos del caso;
- D) todo acuerdo deberá ser alcanzado de forma voluntaria y podrá ser tenido en cuenta en cualquier otro proceso penal;
- E) los debates en los procesos de justicia reparadora que no se desarrollen en público serán confidenciales y no se difundirán posteriormente, salvo con el acuerdo de las partes o si así lo exige el Derecho nacional por razones de interés público superior.

Como se colige de esta regulación, la Directiva se adscribe al denominado modelo habilitante (Subijana, 2014) en la medida que ni circunscribe la derivación a las técnicas restaurativas a determinados injustos penales (modelo directivo) ni, tampoco, introduce una prohibición apriorística de derivación para determi-

nadas tipologías delictivas (modelo prohibitivo). Lo máximo que estipula en su 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. En este sentido, el considerando 46 de la Directiva perfila los criterios a tener en cuenta para la derivación judicial en aras a garantizar la autonomía volitiva de la afirmada víctima y evitar una nueva victimización (primaria o secundaria). A saber: naturaleza y gravedad del delito, el grado de 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.

## 2.2. La Ley 4/2015, de 27 de abril

Implementado las previsiones contenidas en la Directiva, el artículo 15.1 de la **Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito (en adelante, LEVD)** 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, cuando se cumplan los siguientes requisitos:

- A) el infractor haya reconocido los hechos esenciales de los que se deriva su responsabilidad;
- B) la víctima haya prestado su consentimiento, después de haber recibido información exhaustiva e imparcial sobre su contenido, sus posibles resultados y los procedimientos existentes para hacer su cumplimiento;
- C) el infractor haya prestado su consentimiento;
- D) 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 y
- E) no esté prohibida por la Ley para el delito cometido.

El artículo 15.2 disciplina que los debates desarrollados dentro del procedimiento de mediación serán confidenciales y no podrán ser difundidos sin el consentimiento de ambas partes. Los mediadores y otros profesionales que participen en el procedimiento de mediación, estarán sujetos a secreto profesional con relación a los hechos y manifestaciones de que hubieran tenido conocimiento en el ejercicio de su función.

Finalmente, el artículo 15.3 explicita que la víctima y el infractor podrán revocar su consentimiento para participar en el procedimiento de mediación en cualquier momento.

La LEVD reproduce el contenido de la Directiva con dos significativas excepciones:

- la primera, una equívoca confusión entre el modelo de justicia restaurativa y la mediación: no obstante la genérica referencia que hace el encabezamiento del precepto a los servicios de justicia restaurativa, sin solución de continuidad, al describir los elementos que deben concurrir para la derivación, existen constantes y únicas menciones al procedimiento de mediación;
- la segunda, la previsión de la existencia de prohibiciones normativas de derivación, lo que supone un expreso reenvío a la interdicción de mediación (que no de otras técnicas restaurativas) en los asuntos competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer contenida en el artículo 87 ter 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial –en adelante, LOPJ–.

A partir de su introducción por el artículo 15 LEVD se pretende este artículo una reflexión sobre la construcción de un modelo de justicia restaurativa que:

- en el plano constitucional, permita satisfacer las exigencias del proceso debido;
- en el plano procesal, articule adecuadamente tanto la implantación del espacio de comunicación en cada fase del procedimiento como la incorporación de lo elaborado en el citado espacio al mismo;
- en el plano sustantivo, posibilite la satisfacción de los objetivos asignados por el sistema jurídico al orden penal: la ratificación de la vigencia de la norma, la prevención delictiva y la reparación del daño injusto causado a las víctimas.

### 3. Las garantías en la justicia restaurativa para preservar el proceso debido

#### 3.1. Introducción

La justicia restaurativa pretende construir un espacio de comunicación, facilitado por un tercero, entre la afirmada 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 (Parmentier, 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). En este apunte nuestra reflexión se circunscribe a la mediación, dejando al margen otras técnicas restaurativas, en la medida que el sistema institucional de justicia, en la actualidad, únicamente tiene protocolizado en su diseño la existencia de técnicas de mediación.

## 2.2. 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 afirmada 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 afirmada víctima o del investigado/encausado. Cuando se trata de la afirmada 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, como en seguida veremos, 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 afirmada 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 afirmada 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 (afirmada 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 afirmada 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 afirmada 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.

### 3.3. 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 redunde en interés de la afirmada 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 sí 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). El único óbice jurídico a la derivación es que la justicia restaurativa esté prohibida por la ley para el delito cometido. En la legislación española esta interdicción se circunscribe a la mediación en los asuntos competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer (artículo 87 ter. 5 LOPJ).

### 3.4. 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 proceso a 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, ora por estimar que no es típico, ora por considerar que, siendo típico, no es injusto u ora por valorar que siendo injusto no le es reprochable. Pongamos varios casos para explicar esta garantía. 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 menta 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. Finalmente, 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.

### 3.5. 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:

- 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;
- la capacidad de las partes para identificar su respectivo interés y, finalmente,
- 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 —en adelante, CP—: la reparación, dice el precepto, 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 deshabitación de adicciones químicas. Para conferir pleno rendimiento a esta perspectiva es sumamente fructífera la cooperación judicial y sanitaria que, dentro de sus respectivas competencias:

- permita al juez o tribunal decidir qué procede imponer para posibilitar la estrategia terapéutica –una medida o una inejecución–;
- posibilite al ámbito sanitario determinar dónde procede su implantación –qué recurso sanitario es el más idóneo para obtener el objetivo pretendido– y
- favorezca a ambos deslindar de forma cooperativa cómo se lleva a cabo lo acordado en el lugar indicado.

### 3.6. 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 afirmada víctima y el investigador/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:

- la primera, que la falta de inicio o la falta de culminación del espacio de mediación será comunicada al Juez o Tribunal sin especificar el motivo o la razón de la falta de inicio o del inicio sin culminación:
- la segunda, 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 y
- la tercera 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, a nuestro juicio debe evitarse, a toda costa, 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 y ello acaecerá cuando se pronuncie sentencia en un proceso de estricta conformidad y se aporte el acta de reparación para que se refleje en los pronunciamientos de la sentencia el acuerdo alcanzado.

## 4. La gestión procesal de la mediación

### 4.1. Los asuntos susceptibles de mediación

Cumplidas las garantías de protección de las víctimas y de trato como inocente del investigado/encausado, la derivación al espacio de mediación precisa que:

- el injusto posibilite la comunicación bidireccional de la afirmada víctima y el investigado/encausado;
- tal comunicación no esté prohibida por la ley;
- se inserte en una relación o en un contexto que haga sumamente fértil la pacificación y
- se tramite en un procedimiento que permita la construcción del marco de diálogo.

Los injustos que permiten la articulación de una comunicación bidireccional son aquellos en los que existen investigados y víctimas definidas. De ahí que los injustos susceptibles de derivación a mediación son los que tienen a los intereses de las personas como bienes a proteger, destacando las infracciones contra la integridad corporal (lesiones), la libertad personal (coacciones y amenazas), y el patrimonio (hurtos, robos, estafas, apropiación indebida, administración desleal). Quedan fuera, por lo tanto, los delitos supraindividuales que protegen intereses colectivos y difusos (a modo de ejemplo, salud pública, seguridad vial, ordenación del territorio y medio ambiente) en la medida que no existen víctimas definidas y concretas. En algunos casos, sin embargo, se ha acudido al expediente de las víctimas subrogadas para permitir la mediación en estas figuras delictivas (Soletó/Carrascosa, 2015).

Es necesario, también, que la comunicación bidireccional entre el investigado/encausado y la afirmada víctima no esté prohibida por la ley. Por este

motivo no es posible la mediación en los delitos de violencia de género, atendiendo a la interdicción contenida en el artículo 87 ter 5 LOPJ.

Presentes los anteriores elementos, la derivación al espacio de mediación está plenamente justificada cuando el delito se produce en el marco de un sistema en el que interactúan de forma continua el investigado/encausado y la afirmada víctima o acaece en el seno de un contexto en el que es factible un reencuentro entre ambos. Por ello, se valorará de forma especial que la infracción acaezca en los sistemas familiares, vecinales, docentes, laborales, empresariales, o en contextos lúdicos, de ocio y deportivos. También se valoran circunstancias que concurren en el investigado/encausado, tales como adicciones o trastornos mentales no inhabilitantes, que posibilitan fórmulas de justicia terapéutica, o su carácter de primario delictivo, que favorecen modelos punitivos diferentes a la ejecución penitenciaria.

Finalmente es necesario que el asunto se tramite en un procedimiento penal que por su duración permita la implantación de la mediación. Por ello, se excluyen los casos de enjuiciamiento inmediato y rápido.

#### 4.2. Órganos judiciales que pueden derivar y momentos procesales para la derivación

La derivación cabe realizarla en la fase de instrucción, en la fase enjuiciamiento y en la fase ejecución y puede ser efectuada en la legislación española por los Juzgados de Instrucción, los Juzgados de lo Penal o las Audiencias Provinciales.

El órgano judicial, aplicando los criterios de derivación anteriormente señalados, de oficio o instancia de parte, resolverá motivadamente remitir el asunto al espacio de mediación, decisión que deberá motivar para evitar el tránsito por los espacios de arbitrariedad e inseguridad jurídica (Subijana, 2014). La decisión, que será notificada al Ministerio Fiscal, al investigado/encausado, a la afirmada víctima y a sus respectivos abogados, irá acompañada de una información que el Letrado de la Administración de Justicia remitirá a las personas y profesionales mencionados en el que se explicitará, de una manera comprensible, en qué consiste la mediación, sus presupuestos, cual es el procedimiento a seguir y los resultados que se pueden alcanzar en la misma.

#### 4.3. El espacio de mediación

El espacio de mediación está organizado por el equipo de mediación que puede ser un servicio público gestionado por la propia Administración (a través de su propia estructura o mediante 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 Audiencia, Salas de Gobierno de los Tribunales Superiores de Justicia). El modelo de servicio público es el existente en la Comunidad Autónoma del País Vasco que cuenta con Servicio de Mediación Intrajudicial, Servicio que depende de la Dirección de Justicia del Departamento de Administración Pública y Justicia del Gobierno Vasco. El modelo de gestión privada homologada es el previsto, por ejemplo, en la Comunidad Autónoma de Murcia, donde la Unidad de Mediación Intraprocesal, integrada en el Servicio Común General de la nueva Oficina Judicial, cuenta con un elenco de mediadores profesionales que voluntariamente prestan sus servicios en los asuntos derivados a la Unidad desde los órganos judiciales (Pascal del Riquelme, 2014).

En ambos casos, tras la comunicación judicial de la derivación del caso a mediación, el equipo de mediación contacta telefónicamente con las partes, a fin de tener una primera sesión informativa, en la que estarán acompañados de sus abogados/as. Para preparar la misma, el Servicio de Mediación obtendrá del Letrado de la Administración de Justicia la información imprescindible para el cumplimiento de su tarea mediante copia de las siguientes actuaciones: denuncia, declaraciones del investigado/encausado y de la afirmada víctima, informes periciales relevantes (lesiones, adicciones, anomalías o alteraciones psíquicas, tasación de daños), y, si la fase procesal lo permitiera, copia del escrito de acusación y de defensa así como de las resoluciones judiciales que delimitan la ejecución. En la sesión informativa, primero con el investigado/encausado y si ésta accede a participar al proceso de mediación, con la víctima, se les informará del contenido y naturaleza del proceso de la mediación, partes que participan, duración estimada, forma de realización, normas y funciones de la persona mediadora (neutralidad, imparcialidad, confidencialidad y objetividad), así como los posibles efectos e incidencias en el procedimiento judicial. Tras ello, recabarán de ellas el consentimiento informado para participar en el procedimiento de mediación. Si el investigado/encausado y la afirmada víctima, 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 de mediación, comunicando este hecho al Juez o Tribunal que derivó sin indicar el motivo de la falta de inicio.

El espacio de mediación tendrá las fases que se describen a continuación.

#### 4.3.1. *Fase de acogida*

Cuando las partes han consentido iniciar el procedimiento se inicia esta fase, consistente en realizar una entrevista individual con cada una de ellas, mediante las

que el Servicio podrá conocer de las partes su percepción de los hechos, vivencias, emociones, miedos, actitudes y posibles consecuencias en relación con la otra parte, así como el interés, necesidad y capacidad para someterse al proceso.

La persona mediadora deberá conocer de la persona investigada/encausada o acusada, su situación específica con la Justicia y su influencia en el proceso, así como el nivel de responsabilidad asumido respecto del delito y las consecuencias del mismo. De la víctima y del resto de implicados, podrá tener conocimiento de las emociones, daños padecidos, consecuencias derivadas del delito y necesidad e interés en ser reparada.

Con esta información, la persona mediadora valorará si procede o no iniciar la fase de encuentro dialogado, con base en la existencia del conflicto y su dimensión, observando que la mediación no sea perjudicial para ninguna de las partes y que el verdadero interés de las partes sea el de buscar una solución al conflicto, basado en el diálogo, el respeto, el reconocimiento de la verdad y la reparación.

Cuando el Servicio lo considere necesario ofrecerá información a las partes sobre las posibilidades de acceso a otros Servicios de Cooperación con la Justicia. Asimismo, con el consentimiento de la persona afectada, podrá recabar de dichos Servicios información útil al procedimiento de mediación.

#### 4.3.2. *Fase de encuentro dialogado*

Esta fase consiste en la entrevista conjunta con las dos partes, si ambas lo desean y la persona mediadora lo considera posible, puesto que se puede llegar a un acuerdo sin que la víctima y la persona infractora se vean físicamente, utilizando otras formas de comunicación indirectas, sin perjuicio de que se potenciará el uso de la mediación directa como pauta de trabajo prioritaria.

Esta fase puede durar una o varias sesiones, según la complejidad del caso, la situación emocional de las partes o el número de víctimas, procurando no superar el total de 6 sesiones incluyendo las sesiones iniciales, aplicándose las técnicas de la mediación que permitan controlar los niveles de tensión y asegurar a las partes el uso de la palabra, aclarar opiniones, haciendo resúmenes y traduciendo lo que va sucediendo al lenguaje más sencillo y claro posible.

#### 4.3.3. *Fase de acuerdo*

Después del encuentro dialogado, si las partes alcanzan una decisión consensuada que satisfaga sus necesidades e intereses, se redactará un Acta de Reparación

y, en su caso, un plan de actuación. Este documento, firmado por las partes intervinientes se entregará a las partes, al Ministerio Fiscal y a los Abogados para que estudien el modo y manera de incorporar al proceso lo acordado, conforme a la legalidad aplicable.

Cuando la mediación concluya sin acuerdo, el Servicio de Mediación comunicará este hecho al Juez o Tribunal sin indicar las razones de la conclusión.

El proceso de mediación transcurrido ese plazo inicial no podrá superar con carácter general los dos meses desde la resolución judicial que acuerda la derivación, sin perjuicio de que por circunstancias extraordinarias y debidamente motivadas y autorizadas por el órgano judicial y el Departamento de Justicia, se pueda prorrogar dicho plazo en uno o dos meses más.

#### 4.4. La incorporación del resultado de la mediación al proceso

El Acta de reparación tiene que contener los acuerdos restauradores a los que, desde el prisma de sus necesidades, han llegado las partes. Su contenido puede ser:

- moral o simbólico, como la formulación de disculpas y /o la obtención del perdón (Echeburúa, 2013);
- prestacional, como la realización de actividades en favor de las víctimas o de terceros;
- terapéutico, como el seguimiento de tratamientos médicos, psiquiátricos o de deshabituación y
- económico, como el abono de una indemnización.

La gestión procesal del acta de reparación es competencia del Ministerio Fiscal y los abogados/as que defienden al investigado/encausado y a la afirmada víctima y su formulación, como se examina a continuación, es distinta atendiendo a la fase procesal en la que se produce.

La reforma operada por la LO 1/2015 en nuestro Código Penal repercute necesariamente en la forma de incorporar del acta de reparación al proceso penal. En aras a sistematizar las distintas posibilidades, y, en atención a la nueva clasificación de infracciones penales en delitos leves y delitos menos graves y graves, el acta de reparación podrá aflorar al proceso de las siguientes maneras, en atención al procedimiento (dejamos a margen el enjuiciamiento inmediato –artículo 962.1 LECrim– o rápido –artículo 964.1 LECrim– en el servicio de guardia, dado que no existe margen temporal para la habilitación del espacio de comunicación que la mediación requiere).

#### 4.4.1. *Procedimiento previsto para el enjuiciamiento ordinario de los delitos leves*

En procedimientos por delitos leves es factible derivar el caso a mediación entre el periodo de incoación del procedimiento por resolución judicial y la celebración del juicio (artículo 965.1ª LECrim). Si la mediación finaliza con un acta de reparación, es posible el sobreseimiento de la causa si el Ministerio Fiscal lo solicita al entender que concurren las siguientes circunstancias (a modo de oportunidad tasada o reglada destaca la Circular 1/2015 de la Fiscalía General del Estado):

- el delito leve resulte de muy escasa gravedad a la vista de la naturaleza del hecho, sus circunstancias y las personales del autor.
- no exista un interés público relevante en la persecución del hecho. A estos efectos, en los delitos leves patrimoniales se entenderá que no existe interés público relevante en su persecución cuando se hubiere procedido a la reparación del daño y no exista denuncia del perjudicado.

Desde esta perspectiva, en los delitos leves que, atendiendo al mínimo desvalor del hecho y la nimia reprochabilidad de su autor, quepa calificar de «muy escasa gravedad», la mediación que produzca la reparación del daño y cuente con la falta de voluntad de la víctima en su persecución (no exista denuncia, dice el precepto, lo que puede interpretarse como falta de voluntad de denuncia para abarcar los casos en los que existió denuncia inicial pero, tras la mediación, no existe interés en mantener la misma) puede conducir a que el Ministerio Fiscal solicite el sobreseimiento. En caso contrario, se celebrará el juicio, salvo que sea un delito leve perseguible únicamente a instancias de la víctima y ésta confiera el perdón en el acta de reparación o tras la misma, en cuyo caso se acordará la extinción de la responsabilidad criminal ex artículo 130.5 del CP, dado que se trata de injustos penales que afectan a bienes jurídicos disponibles (por todas, STS 534/2015, de 23 de septiembre). Cuando se celebre el juicio, el acta de reparación puede servir de fundamento a una sentencia de estricta conformidad.

#### 4.4.2. *Procedimiento por aceptación de Decreto del Ministerio Fiscal*

Está previsto para su desarrollo en cualquier momento posterior al inicio de diligencias de investigación por la fiscalía o de incoación de un procedimiento judicial y previo a la finalización de la fase de instrucción, cuando se investigue un delito que esté sancionado con pena de multa o de trabajos en beneficio de la comunidad o de prisión que no exceda de un año y pueda ser suspendida de conformidad con lo dispuesto en el artículo 80 CP, con o sin pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores (artículo 803 bis a

y b LECrim). En estos casos, es posible que, durante las diligencias de investigación o la instrucción, se derive por el Fiscal (en el primer caso) o el Juez de Instrucción (en el segundo) la causa a mediación, y que el resultado de la misma provoque que:

- se repare el daño o se estipule un compromiso efectivo de reparación del mismo.
- se solicite por el Ministerio Fiscal una pena de multa o trabajos en beneficio de la comunidad y, en su caso, la de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores reducida hasta en un tercio respecto a la legalmente prevista.
- No se persone la acusación particular o, personada inicialmente, se retire la misma.

A partir de estas premisas el Ministerio Fiscal podrá emitir un decreto de propuesta de imposición de pena que remitirá al Juzgado de Instrucción que corresponda para su autorización y notificación al investigado (artículo 803 bis d) LECrim. Emitido el auto de autorización –que será preceptivo cuando se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 803 bis a LECrim– se notificará junto con el decreto de imposición de pena al investigado, que será citado para que comparezca ante el tribunal asistido de abogado (artículos 803 bis f a h LECrim). Si el investigado, tras la debida información, acepta en la comparecencia la propuesta de pena en todos sus términos (incluidos los referidos a la restitución o indemnización) el Juzgado de Instrucción le atribuirá el carácter de resolución judicial firme (artículo 803 bis i LECrim).

#### 4.4.3. *Procedimiento abreviado*

La derivación a mediación puede realizarse en cualquier momento de la instrucción y si antes de la finalización de las diligencias previas, a partir de los términos del acta de reparación, el investigado/encausado, asistido de su abogado/a, puede reconocer los hechos a presencia judicial. De acuerdo con lo establecido en el artículo 779. 1. 5º LECrim., cuando el hecho derivado a mediación estuviera incluso en los límites del artículo 801 LECrim (delito que esté castigado con pena de hasta tres años de prisión, con pena de multa cualquiera que sea su cuantía o con otra pena de distinta naturaleza cuya duración no exceda de diez años y que, tratándose de una pena privativa de libertad, una vez reducida en un tercio, no supere dos años de prisión), el Juez Instructor convocará inmediatamente al Ministerio Fiscal y a las partes personadas a la comparecencia prevista en dicho artículo por si procediera la continuación por el cauce previsto para las Diligencias Urgentes. El escrito de calificación del Ministerio Fiscal (o la

acusación particular, de ser su calificación más grave) será el vehículo a través del que se producirá la incorporación del acta de mediación en esta fase, mediante la aplicación de las circunstancias modificativas de la responsabilidad que procedan; escrito con el que la defensa manifestará su conformidad, siguiendo el cauce previsto para las Diligencias Urgentes, lo que permitirá rebajar la pena en un tercio por disposición legal (artículo 801.2 LECrim). En los casos en los que, en atención a la pena solicitada no es factible la transformación de las diligencias previas en diligencias urgentes, la incorporación del acta de reparación podrá realizarse a través de la conformidad ordinaria diseñada en el artículo 784.3 LECrim: en concreto, finalizadas las diligencias previas, transformadas las mismas en proceso abreviado y acordada la apertura del juicio oral, la Defensa podrá mostrar su conformidad con el escrito de acusación. La incorporación del acta de reparación se plasmará de ordinario en un escrito de calificación conjunta que será firmado por el Ministerio Fiscal y cuantas partes estuvieren personadas, aún cuando también podrá mostrarse en el escrito de defensa emitido después del escrito /s de calificación provisional. En este caso se remitirá el escrito conjunto al órgano judicial competente para el enjuiciamiento a fin de que cite a las partes personadas y al acusados/s con el objeto de que por parte de éste se acepte la propuesta de conformidad. Todo ello sin necesidad de que por el órgano de enjuiciamiento se cite a cuantos testigos se hubieren propuesto en el escrito de calificación conjunta, en la lógica previsión de que no será necesaria su presencia en el acto de juicio oral.

Registrado el asunto en el órgano de enjuiciamiento para celebrar el juicio, éste, en el auto que pronuncia sobre la pertinencia de los medios de prueba propuestos por las partes puede acordar, de forma motivada, la derivación del caso al espacio de mediación entre el momento de pronunciamiento de la referida resolución y la fecha de celebración del juicio. De esta manera, por lo tanto, se utiliza el «tiempo muerto» existente entre el señalamiento y la fecha de juicio, evitando tener que acudir al remedio de la suspensión del procedimiento. El Ministerio Fiscal, el abogado/a del acusado y, en su caso, el abogado/a de la afirmada víctima, a partir los términos del acta de reparación podrán comunicar al Juez o Tribunal la existencia de una conformidad, presentando un escrito conjunto firmado por todos ellos. En tal caso, el Juez o Tribunal celebrará un juicio de conformidad, desconvocando, si a ello hubiera lugar, a los testigos y peritos que hubieran sido citados como medios de prueba. En el mentado juicio de conformidad se podrá aportar el acta de reparación para que sirva de fundamento a los pronunciamientos que se contengan en la sentencia. Aceptada la propuesta de conformidad por el acusado/a y homologada la misma por el Juez o Tribunal, se pronunciará sentencia de estricta conformidad. Asimismo en el mismo acto se declarará la firmeza de la sentencia, si las partes conocido el fallo manifiestan su voluntad de no recurrirlo, y, previa audiencia del Ministerio

Fiscal y las partes, se acordará lo que proceda sobre la suspensión de la ejecución de la pena de prisión, pudiendo utilizarse el acta de reparación para la fijación de las reglas de conducta.

En términos idénticos a los referidos se actuará si el Ministerio Fiscal, el abogado/a del acusado/a y, en su caso, el abogado/a de la afirmada víctima comunican la propuesta de conformidad en una vez iniciado el juicio y antes de la práctica de la prueba, en los términos previstos en el artículo 787 LECrim.

#### 4.4.4. *Procedimiento ordinario*

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

#### 4.4.5. *Ejecución de sentencia.*

En la fase de ejecución de sentencia, si la pena impuesta es privativa de libertad y no se ha delimitado en el fallo firme la modalidad de ejecución, es factible la derivación a mediación en el marco de los incidentes que tratan de resolver las siguientes cuestiones:

- La inejecución condicionada simple de la pena de prisión (artículo 80.1 CP), una de cuyas condiciones puede ser, precisamente, el cumplimiento de lo acordado en proceso de mediación (artículo 84.1.1 CP)
- La inejecución condicionada sustitutiva de la pena de prisión (artículo 80.3 CP), una de cuyas condiciones es el cumplimiento de lo acordado en un proceso de mediación.
- La inejecución terapéutica de la pena de prisión, dado que el contexto terapéutico idóneo para neutralizar el riesgo de reincidencia derivado de una adicción ética o tóxica puede ser fruto de un compromiso adquirido en el proceso de mediación (artículo 80.5 CP).

Además, en el marco de la ejecución penitenciaria, uno de los elementos vertebrales para que el Juez de Vigilancia Penitenciaria acuerde la suspensión de la ejecución de la parte de pena de prisión pendiente de cumplimiento y concesión de la libertad condicional es la reparación del daño causado por el delito (artículo 90.1 CP), valorándose, de una forma especial, para el adelanta-

miento del tiempo de cumplimiento de la pena de prisión preciso para acordar la suspensión de la ejecución de la parte pendiente, la participación efectiva y favorable en programas de reparación a las víctimas (artículo 90.2 CP).

## 5. El modelo de justicia restaurativa en la consecución de los objetivos del sistema penal

### 5.1. Introducción

El modelo de justicia restaurativa tiene que posibilitar la satisfacción de los objetivos públicos de la intervención penal. A saber:

- la reafirmación de la norma como instrumento válido de convivencia social;
- la prevención de delitos y
- la reparación del daño injusto causado a las víctimas.

Desde esta perspectiva, el resultado del espacio de comunicación –que suele denominarse acta de reparación– tiene que incorporarse al proceso penal y permitir una resolución que traslade tres mensajes:

- a la comunidad, que se ha restablecido el orden jurídico que resultó quebrado por el delito;
- al victimario, que es responsable de la acusación de un daño injusto y que, consecuentemente, tiene que realizar todo lo que está en sus manos para repararlo; y, finalmente,
- a la víctima, que fue injusto el daño sufrido y que el victimario va a desplegar todo lo que está en sus manos para restaurarlo.

Atendiendo a la legalidad vigente, la incorporación de lo acordado en el espacio de comunicación puede generar en el procedimiento las siguientes consecuencias jurídicas.

### 5.2. Cierre anticipado del procedimiento

En el marco de los delitos leves, puede justificar que el juez de instrucción acuerde el sobreseimiento del procedimiento y el archivo de las diligencias siempre que, tratándose de delitos públicos o de delitos semipúblicos con víctimas menores de edad, discapacitadas o desvalidas, se cumplan los siguientes requisitos previstos en los artículos 962.1 y 963.1 LECrim.:

- Lo solicite el Ministerio Fiscal.

- El delito leve denunciado resulte de muy escasa gravedad, a la vista de la naturaleza del hecho, sus circunstancias y las personales del autor.
- No exista un interés público relevante en la persecución del hecho. A estos efectos, en los delitos leves patrimoniales se entenderá que no existe interés público relevante en su persecución cuando se hubiere procedido a la reparación del daño y no exista denuncia del perjudicado.

El mismo efecto se producirá cuando, siendo delitos semipúblicos padecidos por víctimas mayores de edad, capaces y no desvalidas, la víctima confiera el perdón en el acta de reparación o tras la misma, en cuyo caso se acordará la extinción de la responsabilidad criminal ex artículo 130.5 del CP.

### 5.3. Imposición de una pena atenuada

En el seno de todos los delitos, lo acordado en el espacio de comunicación posibilita, en el ámbito del enjuiciamiento, la aplicación de la atenuante de reparación del daño –artículo 21.5 CP– como ordinaria o cualificada. Lo importante, en todos los casos, es que se respeten los fundamentos de la atenuante contruidos en torno a una premisa individual –la satisfacción de las necesidades e intereses de las víctimas afectadas por el ilícito penal cometido– y otra comunitaria –el restablecimiento de la vigencia de la norma que, a modo de *actus contrarius*, compensa parcialmente la desaprobación del hecho que infringió la norma penal. El cumplimiento de ambas perspectivas precisará, fundamentalmente, que el causante del daño repare el mismo en la medida de sus posibilidades (por todas, STS 610/2011, de 17 de junio) Y, desde esta perspectiva, es posible, conectando además, desde una óptica sistémica, con las previsiones contenidas en materia de suspensión de la ejecución de la pena de prisión (artículos 80 y siguientes del CP), pergeñar resultados del espacio de mediación que consistan en: abonos de indemnizaciones, realización de actividades específicas, seguimientos de tratamientos terapéuticos, prohibición de ejecución de algunos comportamientos o peticiones de disculpas aceptadas. Lo importante, en todos los casos, es que lo acordado sea lo que la afirmada víctima y el investigado/encausado estimen es idóneo para satisfacer sus necesidades y, además, permita un cumplimiento de las necesidades de prevención especial.

### 5.4. Imposición de penas no privativas de libertad

Lo acordado en el espacio de comunicación puede aportar una información muy valiosa para que el Juez o Tribunal delimite, dentro del marco legal, el contenido punitivo de la sentencia. Así:

- puede determinar la imposición de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad si el acta de reparación contiene el consentimiento del penado a realizar actividades de interés público que, como contempla el artículo 49 CP, pueden consistir en labores de reparación de los daños causados o de apoyo o asistencia a las víctimas de participación en programas formativos específicos para la resocialización o
- permite deslindar la procedencia, cuando no es preceptiva, para la protección de las víctimas, de penas de prohibición de interacciones dúctiles a la revictimización (prohibiciones de aproximación y comunicación contempladas en el artículo 57 CP, preferentemente) o del ejercicio de funciones de guardia y custodia de menores (artículo 46 CP), o, finalmente,
- posibilita fijar, cuando es imperativa, la duración de las penas anteriormente referidas, o, finalmente,
- facilita la solicitud, en casos de injustos penales sujetos legalmente a propuestas punitivas alternativas (por ejemplo, lesiones, coacciones, amenazas), de las penas menos afflictivas (penas pecuniarias o privativas de derechos en vez de privativas de libertad).

#### 5.5. Fijación de modelos de inejecución de la pena de prisión

Finalmente, en el seno de los delitos que hayan motivado la imposición de una pena de prisión en sentencia firme, lo acordado en el espacio de comunicación facilita la implantación de modelos de inejecución condicionada de la pena de prisión.

Así, la ley penal contempla que los jueces o tribunales, mediante resolución motivada, podrán dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad impuesta o impuestas (siempre que, en ambos casos, no exceda de daños de duración, excluida la derivada del impago de la multa) y se trate de delincuentes primarios, cuando sea razonable esperar que la ejecución de la pena no sea necesaria para evitar la comisión futura por el penado de nuevos delitos (artículo 80.1 CP). El precepto deja bien a las claras que el modelo de inejecución condicionada únicamente es factible cuando permite construir un modelo de neutralización del riesgo de reincidencia. Para ello deberá ponderarse, según indica el artículo 80.1 CP, un conjunto de circunstancias, entre ellas.

- su conducta posterior al hecho, en particular su esfuerzo para reparar el daño causado y
- los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas.

Es diáfano, que el acta de reparación que se haya elaborado en un espacio de comunicación victimario-víctima describirá el esfuerzo que el primero haya realizado o va a realizar para reparar el daño injusto causado así como el nivel de satisfacción que el mismo produce a la víctima. Ello refleja un nivel de pacificación individual lo suficientemente intenso como para estimar que los efectos de la suspensión ejecutiva serán muy satisfactorios en términos preventivos. En todo caso, para garantizar el cumplimiento del compromiso de restauración del daño, que es, ex artículo 80.2 CP, una de las condiciones legales para la inejecución, el Juez o Tribunal- en la faceta que tiene de homologación institucional de lo acordado- puede condicionar la suspensión al cumplimiento del acuerdo alcanzado por las partes en virtud de mediación (artículo 84.1.1º CP). De esta manera, los incumplimientos del acta de reparación pueden producir, según su gravedad y persistencia, la revocación de la inejecución, la prórroga de su duración, la imposición de nuevas prohibiciones, deberes o prestaciones, o la modificación de las existentes (artículo 86 CP).

En el caso de que el penado no sea primario (pero no habitual) o, siéndolo, la suma de las penas de prisión impuestas excedan de dos años de duración sin que ninguna de ellas, individualmente, exceda de tal límite temporal, el contenido restaurador definido en el espacio de comunicación permite que el Juez o Tribunal puede acordar la inejecución condicionada con componente sustitutivo de la/s penas de prisión. Y ello porque uno de los elementos fundamentales que procede valorar es, precisamente, el esfuerzo para reparar el daño y una de las condiciones de imperativa imposición es, de existir, precisamente, el cumplimiento del acuerdo alcanzado en mediación (artículo 80.3 CP).

En estos casos (de ahí la mención a que se trata de una inejecución con componente sustitutivo) la suspensión de la pena de prisión conlleva el pago de una multa o la realización de trabajos en beneficio de la comunidad cuya extensión, en ambos casos, no podrá ser inferior a la que resulte de aplicar los criterios de conversión (un día de privación equivale a dos días multa o a una jornada de trabajo) sobre un quinto de la pena impuesta. Además, en sintonía con las exigencias restauradoras del modelo, la inejecución se supedita a que se produzca una reparación efectiva del daño o una indemnización del perjuicio causado conforme a las posibilidades físicas y económicas del penado o al cumplimiento del acuerdo alcanzado en mediación (artículo 80.3 CP).

## 6. A modo de conclusión

La transposición de la Directiva 29/2012/UE mediante la Ley 4/2015, de 27 de abril conlleva, entre otras exigencias, la necesidad de reflexionar sobre el modo y manera de implementar los servicios de justicia restaurativa en el proceso

penal. Precisamente su incardinación en el procedimiento elaborado para el ejercicio del derecho a penar del Estado exige definir qué garantías deben estar presentes en este modelo de justicia para satisfacer las exigencias del denominado juicio justo o proceso debido. A nuestro juicio, la derivación del asunto, dentro de un procedimiento judicial, al espacio de comunicación facilitado por un tercero precisa el cumplimiento de garantías que pueden ser: comunes para las víctimas y victimarios (la garantía de autonomía, dirigida a preservar que la decisión de iniciar, participar y culminar el proceso de comunicación sea libre; la garantía de reparación, encaminada a permitir la máxima restauración por parte del victimario del daño injusto padecido por las víctimas y la garantía de privacidad, destinada a preservar la confidencialidad del contenido del proceso de comunicación); exclusivas de las víctimas (garantía de protección, encaminada a neutralizar el riesgo de revictimización y victimización secundaria) y privativas del victimario (garantía del trato como inocente mientras se desarrolla el procedimiento). Respetadas estas garantías, la derivación es factible en las diversas fases del procedimiento –instrucción, enjuiciamiento y ejecución– atendiendo a las peculiaridades que cada una de estas fases tiene en los diversos tipos de procedimiento previstos en nuestra legislación. En todo caso, consideramos que el resultado alcanzado en el espacio de comunicación tiene que satisfacer los objetivos públicos pretendidos con la intervención penal, tanto en el plano de la pacificación social –reafirmación de la vigencia de la norma como instrumento válido para la convivencia social– como en el seno de la pacificación individual –reparación del daño injusto causado a la víctima y reincorporación del victimario a la vida social en términos hábiles para respetar la ley penal.

## 7. Bibliografía citada

- DE LA CUESTA, José Luis (2014), «Retos victimológicos para la convivencia pacífica en la sociedad vasca actual», *Eguzkiloire-Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, 24, 217-230.
- ECHEBURÚA, Enrique (2013), «El valor psicológico del perdón en las víctimas y los ofensores», *Eguzkiloire-Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, 65-72.
- PALI, Brunilda (2014), «Art for social change: exploring restorative justice through the new media documentary *Inside the distance*», *Restorative Justice. An International Journal*, 2, 1.
- PARMENTIER, Stephan (2013), «Necesidades y derechos de las víctimas de crímenes internacionales. Repasando la contribución del prof. Tony

- Peters a la Victimología», Eguzkilore, Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, 27, 81-92.
- PASQUAL DEL RIQUELME, Miguel (2014), «La experiencia de la Unidad de Mediación Intraprocesal del Partido judicial de Murcia», Mediación es Justicia, Huygens, Barcelona, 57-64.
- RIOS Julian (2015), «La justicia restaurativa, las víctimas y la humanización del Derecho penal», Blog El Derecho Hoy, 30 de marzo de 2015.
- SOLETO, Helena/CARRASCOSA, Ana (2015), «La participación de la víctima en la Justicia restaurativa», Curso on line Estatuto de la Víctima, Consejo General del Poder Judicial.
- SUBIJANA, Ignacio José (2013), «El paradigma de humanidad en la justicia restaurativa», Eguzkilore-Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, 143-153.
- SUBIJANA, Ignacio José (2014), «La mediación penal intrajudicial en la Comunidad Autónoma del País Vasco: consideraciones a la luz de los datos ofrecidos por la primera memoria elaborada tras la aprobación, en junio de 2011, de la última versión del protocolo de funcionamiento del servicio de mediación intrajudicial», Oñati Socio-Legal Series, v. 4, n. 3, 351-368.
- SUBIJANA, Ignacio José (2015), «La mediación como técnica de justicia restaurativa», Blog Hay Derecho, 1 de junio.
- TAMARIT, Josep M (2015), «La reparación y el apoyo a las víctimas», El Estatuto de las Víctimas de Delitos, TAMARIT, Josep. M (Coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 305-354.
- VARONA. Gema (2014), «El concepto de memoria desde la victimología: cinco conclusiones provisionales sobre las relaciones entre memoria, justicia y políticas victimales en las dinámicas de graves victimizaciones ocultas, directas e indirectas», Eguzkilore-Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, 28, 183-199.