



Universidad de Valladolid

Facultad de CC. Sociales, Jurídicas y de la Comunicación

Grado en Derecho

***LA JUSTICIA RESTAURATIVA EN EL ÁMBITO
PENAL***

BLANCA MÉRIDA ABIA

TUTORA: PATRICIA TAPIA BALLESTEROS

2017

RESUMEN

El presente trabajo aborda el concepto de Justicia restaurativa como nueva corriente surgida en el ámbito europeo, analizando algunas de sus incipientes manifestaciones en el ordenamiento jurídico penal español. A lo largo de la exposición se constatan las bondades del mismo para hacer frente a las carencias del sistema, para lo cual se trata de buscar su encaje jurídico con los principios penales partiendo de la escasa legislación a este respecto.

De la misma manera, se hace un resumen de las principales características con las que contaría nuestro sistema, tomando como base las experiencias en otros ordenamientos jurídicos de nuestro entorno. Se muestra una exposición de problemas y las correlativas respuestas que la Justicia restaurativa puede darles, apostando por su regulación y consolidación futura.

ABSTRACT

This work tackles the concept of Restorative justice as a new current appeared in the European area, analyzing some of its incipient manifestations in the criminal legal system in Spain. Along the exposition, the strong points of this movement that cope with the weaknesses of the system will be shown. The work will try to look for a juridical coincidence with the penal principles, starting from the scarce legislation that can be found in this regard.

In the same way, a summary of the main characteristics of our system will be made, taking as a basis the experiences observed in different legal orders in our surroundings. An exposition of the problems and the correlative answers that the Restorative justice can give will be shown, opting for its future regulation and consolidation.

Palabras clave: Justicia restaurativa, justicia penal, principio de legalidad, mediación penal.

Key words: Restorative justice, Penal justice, Principle of legality, Penal mediation.

Contenido

1. INTRODUCCIÓN: LA INSUFICIENCIA DEL SISTEMA DE DOBLE VÍA: EL SURGIMIENTO DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA.	5
1.1. Alcance doctrinal y filosófico.....	5
1.1. Los fines de la pena: el origen del sistema dualista.....	7
1.2. El nacimiento de la Justicia Restaurativa.....	17
1.3. Antecedentes y fundamentos del Estatuto de la Víctima del Delito: Ley 4/2015.....	22
1.3.1. Concepto de víctima: la evolución de sus derechos a nivel nacional y europeo.....	22
1.3.2. La Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo: antecedente directo de la Ley del Estatuto Jurídico de la Víctima del Delito.....	24
1.3.3. El Estatuto Jurídico de la Víctima del Delito.....	31
2. ENCAJE DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA EN EL ÁMBITO PENAL: COMPATIBILIDAD CON LOS PRINCIPIOS PENALES.....	41
2.1. Principio de legalidad.....	42
2.2. El principio de intervención mínima.....	45
2.3. Principio de culpabilidad.....	52
3. IMPLANTACIÓN EN NUESTRO ORDENAMIENTO: CARACTERÍSTICAS Y GARANTÍAS DEL POTENCIAL MODELO DE JUSTICIA RESTAURATIVA.....	54
3.1. La mediación penal como complemento de la justicia ordinaria: características fundamentales del modelo.....	54
3.2. Vías que permiten utilizar la mediación en el sistema español vigente de justicia penal...60	
3.3. Necesidad de configurar la mediación penal en el marco de la Justicia restaurativa.....	66
4. CONCLUSIÓN Y CRÍTICA.....	70
5. BIBLIOGRAFÍA.....	77
6. ANEXOS.....	80

ABREVIATURAS:

Art – Artículo

BOE – Boletín Oficial del Estado

Código Penal – CP

Constitución Española – CE

Convenio Europeo de Derechos Humanos – CEDH

Ley de Enjuiciamiento Criminal – LECrim

Ley del Estatuto de la Víctima del Delito – LEstVict

Ley Orgánica General Penitenciaria – LOGP

SS – Siguietes

TS – Tribunal Supremo

1. INTRODUCCIÓN: LA INSUFICIENCIA DEL SISTEMA DE DOBLE VÍA: EL SURGIMIENTO DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA.

1.1. Alcance doctrinal y filosófico.

El Derecho tiene como misión principal, facilitar la convivencia pacífica de los ciudadanos, mediante normas que emanan de la voluntad general de los mismos y que se basan en el ideal de Justicia¹. Para ello, debe procurar la seguridad jurídica de estos; este deber de protección se traduce en el respeto a los bienes jurídicos y los valores ético-sociales².

El Derecho Penal en concreto, es la herramienta normativa más dura en manos del Estado para lograr el bien común³; el presente trabajo tiene como objeto analizar aquellas prerrogativas que reducen el Derecho Penal a una serie de procedimientos legales, olvidando el conflicto subyacente entre el delincuente y la víctima. Esta insatisfacción se está consolidando como hito de las sociedades modernas, y se refleja en una cada vez más alarmante desconfianza de la justicia.

El Derecho Penal tradicional, concebido en su doble vía, da respuesta a una multiplicidad de hechos, como son el prever una serie de lesiones y las consecuencias jurídicas que su comisión implica, evitando de este modo la venganza privada. Si bien, no se puede obviar lo evidente, la víctima y el delincuente, cuyas realidades están en juego de manera notoria; no encuentran, de un lado, el cauce para entender el por qué de la lesión, y de

¹ LANDECHO VELASCO, Carlos María; MOLINA BLÁZQUEZ, Concepción. Derecho penal español parte general. Madrid: Editorial Tecnos, 2015. Pág. 62.

² “El Derecho penal no se limita a castigar tan sólo la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos, sino también la lesión de los valores ético sociales que los sustentan”. Esta relación ha quedado perfectamente plasmada en la frase de Jescheck: *“Estos valores se convierten en bienes jurídicos mediante la protección de los valores elementales ético-sociales de la acción”*. LANDECHO VELASCO, Carlos María; MOLINA BLÁZQUEZ, Concepción. Derecho penal español parte general. Madrid: Editorial Tecnos, 2015. Págs. 54 y 55.

³ LANDECHO VELASCO, Carlos María; MOLINA BLÁZQUEZ, Concepción. Derecho penal español parte general. Madrid: Editorial Tecnos, 2015. Pág. 63.

otro, una vía que permita verdaderamente la reconciliación con la sociedad. Esto podría tener lugar mediante una reparación real de la víctima, a través del cierre de la brecha creada con el infractor y de este con el resto de la colectividad.

A lo largo de los siglos se ha construido un sistema penal que pone el acento en el delincuente, y que convierte el monopolio del *ius puniendi* del Estado en un adolecimiento de cauces para el diálogo y la expresión de sentimientos e inquietudes.

La Justicia restaurativa aspira a ser una tercera vía en el proceso evolutivo del Derecho Penal, otorgándole a la víctima el protagonismo en la solución del conflicto, y centrando su objetivo protector, en reparar el daño sufrido⁴. Se trata de un movimiento de renovación del sistema penal que propugna el resarcimiento de la víctima mediante el consenso con el infractor y la sociedad, lo que va a implicar necesariamente tener en cuenta las circunstancias del delincuente.

A lo largo de los siguientes epígrafes, estudiaremos cuáles han sido los presupuestos que han dotado de sentido y fin a los distintos sistemas penales que se han ido sucediendo. El objetivo es compararlos con los actuales poniendo de manifiesto la insuficiencia de estos en un mundo donde las relaciones jurídicas y las necesidades sociales son cada vez más complejas. La actual respuesta de los ordenamientos jurídicos debe ir más allá de los fines retributivos y preventivos, dejando paso a una tercera vía que humanice el sistema penal tan alejado de las emociones y lo interno.

Seguidamente analizaremos el Estatuto Jurídico de la Víctima del Delito como la primera norma dirigida exclusivamente a atender a las necesidades e intereses de las víctimas, siendo pionera en hacer alusión a la Justicia restaurativa en el ámbito penal en nuestro país. Este análisis nos proporcionará una base para establecer una comparativa con los principios

⁴ FLORES PRADA, Ignacio. “Algunas reflexiones sobre la justicia restaurativa en el sistema español de derecho penal”, Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje, núm. 2, 2015, pág. 15.

que conforman el sistema penal, determinando en qué medida va a poder adaptarse a los mismos así como aquellas modificaciones que serán necesarias para atender al cumplimiento de sus fines. Será necesario valorar cuáles serían las características fundamentales de nuestro potencial modelo de Justicia restaurativa a través de la mediación penal como una de las principales herramientas de consecución de los objetivos restauradores, poniendo especial atención a su alcance y límites, que necesariamente habrán de ser traducidos en garantías.

Para terminar nuestra exposición de ideas, concluiremos con una reflexión centrada en la LEstVict, su utilidad dentro de nuestro sistema y cómo deberían estructurarse las propuestas de cara al futuro.

1.1. Los fines de la pena: el origen del sistema dualista.

En el presente epígrafe se va a analizar la evolución de los fines de la pena que se han ido atribuyendo a lo largo del tiempo en función de las distintas concepciones y teorías planteadas, siendo a finales del Siglo XIX cuando se instauran definitivamente las teorías de la prevención general positiva.

El mentado análisis busca el origen de la concepción de la pena en la actualidad, proporcionándonos una base para constatar las ventajas y desventajas del sistema; y para evidenciar las carencias manifestadas en una insatisfacción a varios niveles: la de las víctimas y la sociedad en su conjunto. Todo ello nos llevará a plantear la concepción del sistema penal mediante la Justicia Restaurativa, sus objetivos y el posible alcance de la misma en nuestro ordenamiento jurídico.

En la actualidad, el Derecho Penal presenta dos vertientes bien diferenciadas; la primera de ellas, y a la que vamos a aludir en las siguientes líneas, concierne a su vertiente objetiva, en el sentido de las normas que conforman el Derecho Penal, y la vertiente subjetiva, referente a la cuestión de la titularidad del mismo.

El Derecho Penal objetivo se define como: *“el conjunto de normas estatales relativas al delito y a sus consecuencias jurídicas: la pena, las medidas de seguridad, y la responsabilidad civil”*. Con el auge de la Escuela Positiva en el siglo XIX se impuso la concepción de las medidas de seguridad en los estudios de Derecho Penal, llegando hasta la legislación vigente bajo la denominación de sistema dualista o binario⁶. La lucha entre la Escuela Clásica y la Positiva supuso la adaptación por todos los ordenamientos penales actuales de este sistema, que implica la simultaneidad de las penas y las medidas como forma de lucha contra el delito y reinserción social del delincuente.

Podemos definir la pena como: *“Privación o restricción de bienes jurídicos impuesta conforme a la ley, por los órganos jurisdiccionales, al culpable de una infracción penal”*⁷, encontrándonos con varios elementos a tener en cuenta⁸:

1. Limitación de bienes jurídicos
2. De conformidad con lo dispuesto en la ley
3. Impuesta por los órganos jurisdiccionales competentes tras la constatación del delito en un proceso legal válido
4. Al culpable de una infracción de tipo penal

De todo ello se deduce, que si se verifican los elementos del delito la consecuencia jurídica tendrá asociada la imposición de una pena, pues concurre la tipicidad y la antijuricidad del hecho, si por el contrario, el hecho delictivo atribuible a una persona es típico y antijurídico pero sin embargo no se le puede señalar como culpable en virtud de su inimputabilidad, será de aplicación una medida de seguridad una vez quede constatada su

⁵ LANDECHO VELASCO, Carlos María; MOLINA BLÁZQUEZ, Concepción. Derecho penal español parte general. Madrid: Editorial Tecnos, 2015. Pág. 49.

⁶ LANDECHO VELASCO, Carlos María; MOLINA BLÁZQUEZ, Concepción. Derecho penal español parte general. Madrid: Editorial Tecnos, 2015. Pág. 55.

⁷ CUELLO CALÓN, Eugenio; “Derecho Penal (Parte General)”, Editorial Bosch. Pág. 367.

⁸ QUINTERO OLIVARES, G; CARBONELL MATEU, J.C.; MORALES PRATS, F; GARCÍA RIVAS, N; ÁLVAREZ GARCÍA, F.J.; “Esquemas de teoría jurídica del delito y de la pena”, Tomo XIX. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch, 2010. Pág. 218 y 219.

peligrosidad, según lo establecido en los artículos 6 y 95 CP. De ahí que se señale que el sistema penal es de doble vía⁹: ante la comisión del delito si impone una pena o una medida de seguridad¹⁰.

Son varias las razones que fundamentan la adopción de este sistema: la inimputabilidad exige una vía complementaria que de cauce a la falta de plena voluntariedad del delincuente, que si bien no puede ser castigado de igual manera, necesita una sanción que se ajuste a sus circunstancias y sirva para frenar su peligrosidad postdelictual. De este modo, la asunción del delito por el delincuente y el cumplimiento de la pena de acuerdo a la sentencia, no presuponen la reinserción social del mismo de acuerdo con el Artículo 25.2 CE, siendo necesaria, en algunos casos una medida posterior¹¹.

De modo que como sucedía con las penas, las medidas de seguridad son un instrumento jurídico-penal que aúna la mayor parte de sus elementos: comisión de un hecho calificado como delito, privación de bienes jurídicos de acuerdo con lo dispuesto en la ley, imposición por los órganos jurisdiccionales establecidos a tal fin. No obstante, estas se fundamentan en la peligrosidad criminal del sujeto de ahí que también tengan una finalidad preventiva especial, con el objetivo de disuadir al afectado por las mismas de delinquir en el futuro¹².

La consideración de las medidas de seguridad como propias del ámbito penal ha sido más o menos discutida en nuestro derecho, habiendo sido señaladas como pertenecientes al derecho administrativo. No obstante, se ha impuesto la tesis relativa a considerarlas de naturaleza penal por diversas razones que envuelven al plano de desarrollo de toda medida. En primer

⁹ QUINTERO OLIVARES, G; CARBONELL MATEU, J.C.; MORALES PRATS, F; GARCÍA RIVAS, N; ÁLVAREZ GARCÍA, F.J.; “Esquemas de teoría jurídica del delito y de la pena”, Tomo XIX. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch, 2010. Pág. 21.

¹⁰ SANZ MORÁN, José Ángel; “Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho Penal”. Valladolid: Editorial LEX NOVA, S.A., 2003. Pág. 69.

¹¹ LANDECHO VELASCO, Carlos María; MOLINA BLÁZQUEZ, Concepción. “Derecho penal español parte general.” Madrid: Editorial Tecnos, 2015. Págs. 633 y 634.

¹² SANZ MORÁN, José Ángel; “Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho Penal”. Valladolid: Editorial LEX NOVA, S.A., 2003. Pág. 69 y 70.

lugar, el presupuesto de hecho para su imposición es la comisión de un hecho delictivo, por otro lado, encuentran su fundamento en la peligrosidad criminal del sujeto, y se aplican mediante la observancia de los principios y garantías penales.

Una vez quede acreditado el cumplimiento de estos requisitos y se haya determinado la peligrosidad criminal del sujeto de acuerdo con los parámetros establecidos legalmente, esta será en todo momento su fundamento y límite¹³. Sin embargo hemos de tener en cuenta que con la modificación introducida por la LO 1/2015 de 30 de Marzo, se ha matizado el rasgo de la peligrosidad en las medidas de seguridad pues prevé su imposición también para sujetos plenamente imputables en los supuestos de libertad vigilada, de forma acumulada y de ejecución posterior a la pena de prisión impuesta en sentencia.

Pero es su finalidad preventivo-especial la que más interés nos despierta de acuerdo al contenido y los objetivos de este trabajo, pues tienen como fundamento frenar la peligrosidad del delincuente y evitar que reincida en el futuro, mediante fines correctivos y aseguradores. Esta caracterización nos permite poner de manifiesto la diferencia fundamental entre las penas y las medidas de seguridad, encontrando el fundamento de las primeras en la culpabilidad, y de las segundas en la peligrosidad, prevención general y especial respectivamente. Esta distinción es un refuerzo para la defensa del sistema dualista, a pesar de su dificultosa ejecución práctica mediante la sustitución de una y otra¹⁴.

Las medidas de seguridad son los métodos que se utilizan respecto a sujetos que han cometido al menos un hecho punible, con el fin de obtener su resocialización o, en caso de que esta no sea posible, mantenerlos aislados con el objeto de garantizar la seguridad ciudadana.

¹³ SANZ MORÁN, José Ángel; “Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho Penal”. Valladolid: Editorial LEX NOVA, S.A., 2003. PP. 72 y 73.

¹⁴ SANZ MORÁN, José Ángel; “Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho Penal”. Valladolid: Editorial LEX NOVA, S.A., 2003. PP. 76 y 77.

La Escuela Clásica manejaba un parámetro claro para determinar la pena y su cuantía: la culpabilidad, sin embargo, la Escuela positiva, no podía manejar este mismo parámetro, ante la insuficiencia de la pena como medio para evitar la reincidencia se vio obligada a manejar un nuevo concepto: la peligrosidad¹⁵.

Este concepto, si bien útil para fundamentar la imposición de una medida en el plano teórico, resulta de difícil concreción en la práctica al no existir un parámetro que determine los límites de la peligrosidad y tratarse de un pronóstico que infiera la existencia de un peligro. En tal sentido, cabría conceptualizar de criminalmente peligroso a quien ya ha cometido un delito y puede reincidir, como a quién todavía no lo ha hecho. A esta distinción alude la terminología peligrosidad postdelictual y predelictual¹⁶.

Desde la aprobación de la Constitución Española de 1978, la doctrina constitucional ha sido unánime en lo que a la inconstitucionalidad de las medidas predelictuales se refiere. El principio de presunción de inocencia, así como el de mínima intervención penal, suponen un límite infranqueable a la actuación de los órganos jurisdiccionales, con independencia del nivel de peligrosidad que presente el sujeto.

En cuanto a las medidas postdelictuales, se fundamentan en la peligrosidad criminal del sujeto, tal y como indica el artículo 6.1 del CP, que se exterioriza precisamente, mediante la comisión del hecho delictivo. Nuestro CP, explicita el concepto de peligrosidad en el artículo 95. 1 como: *“(…) pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos”*.

¹⁵ LANDECHO VELASCO, Carlos María; MOLINA BLÁZQUEZ, Concepción. Derecho penal español parte general. Madrid: Editorial Tecnos, 2015. Pág. 634 y 635.

¹⁶ SANZ MORÁN, José Ángel; “Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho Penal”. Valladolid: Editorial LEX NOVA, S.A., 2003. Págs. 87 a 89.

Sin embargo, no toda persona que haya cometido un delito y presente además, peligrosidad criminal, es susceptible de imposición de medidas, es necesario además que la aplicación esté prevista legalmente.

Según la LO 1/2015 se requiere:

1. Que el infractor esté exento de responsabilidad criminal, en virtud de los números 1º, 2º y 3º del artículo 20 CP.
2. Que la persona que ha cometido el hecho delictivo presente una eximente incompleta en relación con los mismos números del artículo 20 CP.
3. En los supuestos de libertad vigilada:
 - Los Condenados por uno o más delitos contra la vida (art. 140 bis)
 - Los Condenados por algún delito de lesiones cuando la víctima sea alguna de las personas del artículo 173.2 (art. 156 ter)
 - Los Condenados por la comisión de algún delito del artículo 173.2 (último párrafo)
 - Los condenados a pena de prisión por la comisión de algún delito contra la libertad o indemnidad sexual (art. 192.1)
 - Los condenados por delito de terrorismo (579 bis 2)

En conclusión, podemos deducir que la imposición de medidas deriva al menos de la comisión de un hecho delictivo, en los casos de inimputables, semi-imputables o de condenados por delito contra la libertad o indemnidad sexual o por delito de terrorismo, siempre que el infractor sea peligroso criminal.

En relación al tipo de medidas, el artículo 95.1 CP, señala al Juez o Tribunal competente, en virtud de los informes que estime convenientes, para designar la medida más adecuada, privativa o no privativa de libertad, basándose en el grado de peligrosidad criminal del sujeto. El juez se basará en la gravedad del delito cometido y en los informes pertinentes para optar por la medida más adecuada de cara a frenar su peligrosidad pero también a evitar su reincidencia.

La función de las medidas de seguridad, desde su punto de vista resocializador, va directamente relacionada con los fines de la pena¹⁷ y sus distintas teorías. La doctrina sostiene que estas cumplen con una finalidad de prevención especial consistente en evitar que el autor de un hecho previsto por la ley como delito pueda volver a delinquir, sin perjuicio de que algunas de estas medidas pueden cumplir otros fines adicionales como sucede con las medidas de internamiento en centros de deshabitación que cumplen una finalidad asistencial¹⁸.

Durante siglos se han venido defendiendo dos teorías opuestas, absolutas y relativas, que en la actualidad convergen hacia teorías mixtas.

Para comprender el fundamento de los fines de la pena a través de sus teorías sustentadoras, debemos tener en cuenta un plano estático y uno dinámico. Desde el punto de vista estático la pena se consideraría la consecuencia directa del delito a modo de retribución del mismo. Bajo este prisma, van a ser las teorías absolutas las que fundamenten la pena. En el plano dinámico, la pena encontraría su sentido en la evitación de la comisión de hechos delictivos, disuadiendo a la colectividad, creando una especie de amenaza, en el caso de la prevención general, y de respuesta concreta al delito mediante la prevención especial, cuando la pena recae en el autor en concreto¹⁹.

A) Teorías absolutas

Estas teorías mantienen un carácter retributivo de la pena, el fin de la misma se agota en el castigo del hecho cometido, fueron defendidas por Kant y Hegel bajo puntos de vista distintos. Para Kant, la pena es un “imperativo categórico”, sin consideración utilitaria alguna; para Hegel, supone el

¹⁷ LANDECHO VELASCO, Carlos María; MOLINA BLÁZQUEZ, Concepción. “Derecho penal español parte general.” Madrid: Editorial Tecnos, 2015. Págs. 540 a 546.

¹⁸ FERNÁNDEZ ARÉVALO, Luis; NISTAL BURÓN, Javier. “Derecho Penitenciario”. Navarra: Editorial Aranzadi, SA; Pág. 232.

¹⁹ AYO FERNÁNDEZ, Manuel; “Las penas, medidas de seguridad y consecuencias accesorias: Manual de determinación de las penas y las demás consecuencias jurídico-penales del delito. Pamplona: Editorial Aranzadi, SA, 1997. Págs. 24 y 25.

restablecimiento del Derecho, en cuanto el delito supone la conculcación del mismo.

Estas teorías parten del ideal de hombre libre, plenamente capacitado para tomar sus propias decisiones, inclusive la de ir en contra de la norma, hecho merecedor del restablecimiento de la misma a través de la pena, encenrándonos, por tanto, con una correlación entre el hecho cometido y el castigo impuesto.

El delito, según estas teorías, no va a ser únicamente el presupuesto de la pena sino también el fundamento de la misma, si seguimos esta idea, las penas no tendrían ningún fin específico, siendo fin en sí mismas mediante su concepción exclusiva como respuesta al delito.²⁰

B) Teorías relativas

La teorías relativas o también denominadas, teorías utilitarias, se fundamentan en la prevención de futuros delitos, en mantener la convivencia pacífica entre los ciudadanos al evitar el delito. Por ello se dice, que mientras la retribución mira al pasado la prevención mira al futuro. Este es el punto de partida de las dos corrientes que dividen a las teorías relativas:

a) Prevención general

Según esta teoría, la pena pretende disuadir a la colectividad de la comisión de los delitos, en tanto en cuanto llevan aparejados una consecuencia negativa. No obstante, esta teoría llevada al extremo presenta el inconveniente de la asociación de la menor o mayor gravedad de las penas al nivel de repulsa social del delito que estas lleven aparejadas. De tal manera que, aquellos delitos más aceptados socialmente deberán llevar aparejada una pena más grave, pues de las convicciones sociales se infiere una necesidad de mayor temeridad de los mismos. Correlativamente, aquellos delitos que generen una mayor alarma social no requerirán por tanto de

²⁰ AYO FERNÁNDEZ, Manuel; "Las penas, medidas de seguridad y consecuencias accesorias: Manual de determinación de las penas y las demás consecuencias jurídico-penales del delito. Pamplona: Editorial Aranzadi, SA, 1997. Pág. 25.

grandes penas, pues está ya habra llevado a cabo su cometido de lograr la intimidación general con respecto a los mismos.

b) Prevención especial

La prevención especial circunscribe su ámbito de actuación al delincuente, la finalidad de la pena es que el que la sufre no vuelva a delinquir. Sin embargo, una visión extrema de la misma implicaría la impunidad de aquellos culpables de delitos que no generen un peligro de reincidencia.

C) Teorías mixtas

Como ya veníamos anticipando al principio de la exposición, la lucha de Escuelas durante el siglo pasado dio lugar a una orientación mixta de las teorías, dominante en la actualidad.

La retribución se admite al servicio de la protección de la sociedad, la retribución es el límite máximo de la prevención, en cuanto que garantiza la proporcionalidad entre la culpabilidad y el delito, a partir de este punto las opiniones se dividen.

a) La prevención general positiva

El fracaso en la resocialización social del delincuente, fundamento de la prevención especial, ha dotado de un nuevo contenido a estas teorías. Por un lado la pena, pretende erigir el Derecho como el mecanismo regulador de las conductas restableciéndolo ante la comunidad en su conjunto; por otra parte, actúa conformando la conciencia jurídica de los ciudadanos y contribuyendo a lograr la confianza en la norma jurídica.

b) La teoría de la diferenciación

Se ha dado un giro en el planteamiento tradicional de los fines de la pena, la teoría de la diferenciación asigna fines distintos a la pena en función de los momentos en los que opera.

La pena en el momento legislativo tiende a la protección de bienes jurídicos, será la circunscripción del ámbito que el legislador puede castigar penalmente, la que lleve a evitar los excesos derivados de la prevención general. En el momento de la imposición de la pena se cumple el fin intimidatorio de la misma, momento de realización de la consecuencia legalmente prevista; también, la pena impuesta será correlativa a la culpabilidad del autor, sirviendo la retribución como salvaguarda de la proporcionalidad entre el delito y la pena. La fase de la ejecución confirma todos los fines expuestos anteriormente, y además atiende a la prevención especial, en tanto en cuanto la pena se orienta a la resocialización del delincuente.

Nuestro sistema penal se consolida dentro de las teorías de la prevención, prevaleciendo la de la prevención especial señalada en el artículo 25.2 CE y apoyadas por el artículo 2 del Reglamento Penitenciario, y los artículos 1 y 59.1 de la Ley Orgánica General Penitenciaria.

De este modo, podemos afirmar, que ante la comisión de un delito se impone una pena o una medida de seguridad; los fines de la pena aparecen recogidos en el artículo 25.2 de la Constitución, en el que se alude a la reeducación y reinserción social del penado, sin embargo, Mir Puig señala que otros fines de la misma vienen respaldados por el Artículo 1, en el que se habla de España como estado social y democrático de derecho. Esta afirmación nos lleva a la limitación del *ius puniendi* del Estado más allá del principio de legalidad al constituirse nuestro Estado de esta manera, asumiendo igualmente el principio de subsidiariedad penal o el respeto a la dignidad de los ciudadanos y la igualdad²¹. Por ello, la pena, en el marco de un Estado social y democrático de derecho, va a perseguir más objetivos de

²¹ DOMINGO DE LA FUENTE, Virginia. “Contexto teórico-práctico de la justicia restaurativa en Europa con especial atención a España”, Revista Criminología y Justicia, núm. 4, 2012, pp. 72.

los estrictamente considerados en el artículo 25.2 CE, ampliándose la atribución exclusiva del *ius puniendi* más allá del ejercicio que de este hace el Estado.

1.2. El nacimiento de la Justicia Restaurativa

Sin bien Mir Puig ya hablaba de unas finalidades más allá de las recogidas en la propia Constitución, y esta, siguiendo las teorías de la prevención especial, alude a la reeducación y reinserción social del penado, vamos a analizar su insuficiencia en los fines que persigue, y como incide en la satisfacción de la persona afectada por el daño.

La idea de un retribucionismo moderado, sobre la base de penas proporcionadas atendiendo a fines preventivos generales y especiales, supone en gran medida la prueba de la democratización del derecho penal español. Si bien ha servido de base evolutiva del sistema, contribuyendo a la total desaparición del anterior modelo con la consolidación de la CE, los niveles de reincidencia son altos, evidenciando el fracaso de la prisión como instrumento reeducativo²².

La Justicia restaurativa, partiendo de su enfoque de necesaria atención a la víctima del delito, pretende, más allá de la finalidad retributiva de las penas, que estas tengan como objetivo fundamental la reparación de la víctima, lo que, como luego entraremos a analizar con detalle, supondrá la mejora definitiva de la reeducación social de los penados²³. Si un acuerdo entre agresor y víctima, canalizado mediante un sistema de mediación penal o

²² FLORES PRADA, Ignacio. “Algunas reflexiones sobre la justicia restaurativa en el sistema español de derecho penal”, Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje, núm. 2. Págs. 13 y 14.

²³ QUINTERO: “si se abandona la obsesión retribucionista, la sociedad puede llegar a prescindir de la pena si considera que ésta es innecesaria, y lo será en todos aquellos casos en los que su imposición no sea precisa para mantener el orden social (...) la defensa del principio de retribución no puede ser llevada hasta el extremo de justificar en su nombre toda imposición de castigos, sean o no necesarios a la sociedad”. Manual de Derecho Penal con Morales Prats y Prats Canuts; Pamplona: Aranzadi, 2000, págs. 127 y 128.

cualquier otro procedimiento que se arbitre a tal fin, influye en la decisión judicial, modulando el grado de responsabilidad penal en función de la finalidad preventivo especial de la misma, se habrán ampliado los horizontes en cuanto al objetivo de las penas, contribuyéndose directamente la creación de una tercera vía de solución del conflicto creado tras el delito. La pena solo es útil en cuanto a los fines que persigue, de tal modo que si van a poder ser logrados por otra vía, la tendencia de esta será a la desaparición y su sustitución por los mecanismos resocializadores de la Justicia restaurativa.

Hemos de tener en cuenta que el sistema penal actual en la manera en la que está conformado, no hace una búsqueda de la verdad material, la investigación policial así como la instrucción judicial, se orientan a la preparación del juicio oral, en el que los procedimientos y formalidades de una rigurosidad religiosa, no incitan en modo alguno a reconocer la existencia de un conflicto por parte del acusado, que realiza un papel bien marcado por su letrado. En el sistema convencional, el reconocimiento de los hechos por el acusado, implica sin más ser condenado, el fiscal hará la reducción correspondiente dentro de los márgenes permitidos, y aquellos que haya calibrado con el objeto de maniobrar, aliciente que inclina la balanza hacia la conformidad, la reducción real o ficticia, pero no por reconocimiento y arrepentimiento auténticos con respecto a los hechos²⁴. Tampoco este sistema de conformidad otorga el protagonismo necesario a la víctima, sino que parece más una maniobra del legislador con el objeto de reducir el número de juicios penales que sobrecargan la administración de justicia, ya que no se busca una satisfacción efectiva de los intereses del perjudicado²⁵.

La Justicia restaurativa parte del reconocimiento de los hechos como premisa sobre la que resolver el conflicto y como un derecho de las víctimas

²⁴ RÍOS MARTÍN, Julián Carlos; MARTÍNEZ ENCAMILLA, Margarita; SEGOVIA BERNABÉ, José Luis; GALLEGO DÍAZ, Manuel; CABRERA, Pedro; JIMÉNEZ ARBELO, Montserrat. “Justicia Restaurativa y mediación penal. Análisis de la experiencia.” Investigación del CGPJ, 2005-2008. PP. 22 y 23.

²⁵ SOLÉ RIERA, Jaume; “La tutela de la víctima en el proceso penal”; Barcelona: Editor José María Bosch; 1997; Págs. 108 y 109.

que alivie su memoria y la de sus allegados. Este sistema busca la verdad material puesto que solo de esta puede brotar una auténtica solución al conflicto, solo la responsabilización real del infractor puede acercarle al entendimiento de la víctima y a la pacificación de ambos²⁶.

Por otro lado, la escasa participación de la voluntad de la víctima en el proceso, y la llamada “segunda victimización”²⁷, aludida de esta manera porque es utilizada por el Fiscal para mantener su acusación, interrogando acerca de unos hechos no siempre fáciles de recordar, evidencian el claro fracaso de los intereses de las víctimas en el proceso. Así, el Estado le expropia su conflicto personal, “estatalizándolo”, ya que no se puede afirmar que la persona que defiende los intereses de este, en la mayoría de casos aún también los de la víctima (normalmente ni siquiera habrán hablado momentos antes del juicio)²⁸.

Si bien, no estaríamos haciendo una descripción completa de la situación de las víctimas en el proceso penal español, ya que estas tienen la posibilidad de constituirse como parte en este, acusando junto al Ministerio Fiscal, según nos indica el artículo 24.1 CE, desarrollándose en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, a diferencia de lo que ocurre en países como: Estados Unidos, Alemania e Italia²⁹.

Podría considerarse una vía para la reparación del daño, el hecho de que la víctima se constituya como parte acusadora en el proceso penal, ya que con toda lógica, lo hace considerando que podrá defender sus intereses más allá de las peticiones del Ministerio Fiscal, sin embargo, como analizaremos a

²⁶ MADRIGAL ARIAS, Doris M^a; “Reflexiones teóricas y prácticas sobre la reparación del daño y la Justicia restaurativa”; Págs. 6 y 7.

²⁷ RÍOS MARTÍN, Julián Carlos; “Justicia Restaurativa y mediación penal. Una apuesta por el diálogo y la disminución de la violencia.” Investigación del CGPJ, P.1.

²⁸ RÍOS MARTÍN, Julián Carlos; MARTÍNEZ ENCAMILLA, Margarita; SEGOVIA BERNABÉ, José Luis; GALLEGÓ DÍAZ, Manuel; CABRERA, Pedro; JIMÉNEZ ARBELO, Montserrat. “Justicia Restaurativa y mediación penal. Análisis de la experiencia.” Investigación del CGPJ, 2005-2008. Pág. 24.

²⁹ RÍOS MARTÍN, Julián Carlos; MARTÍNEZ ENCAMILLA, Margarita; SEGOVIA BERNABÉ, José Luis; GALLEGÓ DÍAZ, Manuel; CABRERA, Pedro; JIMÉNEZ ARBELO, Montserrat. “Justicia Restaurativa y mediación penal. Análisis de la experiencia.” Investigación del CGPJ, 2005-2008. Págs. 245, 246 y 247.

continuación, la satisfacción de las víctimas, por lo general, no está vinculada a la dureza de la pena y su duración, ni exclusivamente a la obtención de una indemnización.

La Justicia Restaurativa parte de una idea elemental de justicia: dar a cada uno lo que necesita; para ello se analizan las circunstancias reales del conflicto, se valoran las carencias que han quedado de una y otra parte, y se ayuda a asumir responsabilidades, superar miedos y nivelar desigualdades para evitar la comisión de nuevos delitos. Pocas veces las pretensiones de las víctimas tienen que ver con la dureza o longitud de la pena, sino con la capacidad de responder a las preguntas que surgen tras el daño provocado por el delito³⁰. Tampoco estas pretensiones pueden traducirse del todo en garantías procesales, que si bien son absolutamente necesarias en el proceso, no recogen todas las inquietudes derivadas del conflicto y en no pocas ocasiones terminan siendo parte del engranaje jurídico rutinario³¹.

Como vemos, esta Justicia toma como punto de partida a la víctima, sus miedos e inquietudes, tratando de atender a sus intereses, pero haciéndolos confluir con los del delincuente y la sociedad, la responsabilización personal del infractor y el apoyo institucional para lograr frenar su desigualdad o las dolencias intrínsecas a la motivación delictual, generan la posibilidad de evitar la reincidencia, contribuyendo por tanto al fortalecimiento de la norma jurídica³².

La Justicia Restaurativa cuenta con varios instrumentos para la consecución de sus fines, destacando entre ellos la mediación; si bien no queremos ahondar en él en este momento, es importante evidenciar que no se pretende

³⁰ FLORES PRADA, Ignacio. “Algunas reflexiones sobre la justicia restaurativa en el sistema español de derecho penal”, Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje, núm. 2. Pág. 13.

³¹ RÍOS MARTÍN, Julián Carlos; MARTÍNEZ ENCAMILLA, Margarita; SEGOVIA BERNABÉ, José Luis; GALLEGUO DÍAZ, Manuel; CABRERA, Pedro; JIMÉNEZ ARBELO, Montserrat. “Justicia Restaurativa y mediación penal. Análisis de la experiencia.” Investigación del CGPJ, 2005-2008. PP. 25.

³² RÍOS MARTÍN, Julián Carlos; MARTÍNEZ ENCAMILLA, Margarita; SEGOVIA BERNABÉ, José Luis; GALLEGUO DÍAZ, Manuel; CABRERA, Pedro; JIMÉNEZ ARBELO, Montserrat. “Justicia Restaurativa y mediación penal. Análisis de la experiencia.” Investigación del CGPJ, 2005-2008. PP. 30 y 31.

concebir la misma como una forma de privatización del conflicto, sino como una herramienta más del sistema, logrando su encaje con las garantías procesales y asegurándose unos principios fundamentales: voluntariedad, independencia, seguridad jurídica... corresponde al Estado legislar teniendo en cuenta todos estos aspectos, con la rigurosidad que toda afectación de derechos fundamentales implica³³, y teniendo en cuenta que no siempre será posible mediar entre las partes, ya que no tiene vocación este sistema de ser la solución definitiva.

Volviendo a los fines de la pena y su consideración tácita recogida en la consideración de España como *“Estado social y democrático de derecho”*, la Justicia Restaurativa también parte de la concepción del delito como conflicto entre dos miembros de la sociedad, por esta razón, del mismo modo que el delito surge en la sociedad debe ser resuelto dentro de esta. Desde el punto de vista del ya mencionado precepto, podemos inferir el derecho de los ciudadanos a la participación en la resolución del conflicto y la reparación de los daños derivados del delito, el rasgo democrático que se predica de nuestro país, no puede limitarse a la participación política de manera periódica en las elecciones o a la conformación de un jurado popular, ni tan siquiera a la composición de los puestos de naturaleza pública, la participación en la prevención del delito y la reinserción de los infractores, revierte de manera definitiva en la sinergia del sistema, en la confianza en el mismo, paliando sino acabando con la desconfianza hacia el sistema de justicia, el miedo a los peligros que derivan del delito y frenando la desigualdad subyacente al conflicto³⁴.

Esta crisis del actual sistema penal, se manifiesta, por un lado, en la función preventiva de la pena, tanto en su vertiente general como especial: en los últimos años la población reclusa ha crecido más que notablemente, de unos

³³ RÍOS MARTÍN, Julián Carlos; MARTÍNEZ ENCAMILLA, Margarita; SEGOVIA BERNABÉ, José Luis; GALLEGU DÍAZ, Manuel; CABRERA, Pedro; JIMÉNEZ ARBELO, Montserrat. “Justicia Restaurativa y mediación penal. Análisis de la experiencia.” Investigación del CGPJ, 2005-2008. PP. 28.

³⁴ RÍOS MARTÍN, Julián Carlos; MARTÍNEZ ENCAMILLA, Margarita; SEGOVIA BERNABÉ, José Luis; GALLEGU DÍAZ, Manuel; CABRERA, Pedro; JIMÉNEZ ARBELO, Montserrat. “Justicia Restaurativa y mediación penal. Análisis de la experiencia.” Investigación del CGPJ, 2005-2008. PP. 31,32 y 33.

treinta mil internos a principios de 2002, a más de sesenta y siete mil en 2013³⁵. En lo que a la rehabilitación y reeducación se refiere, la doctrina española especializada señala que, lejos de alcanzar estos objetivos, la prisión es hoy en día fomentadora de la reincidencia, generando una conducta criminal entre los internos, que asumen como propios los valores de la pequeña “sociedad” penitenciaria, y que no se corresponden con los de la sociedad corriente.

Del análisis realizado, se desprende la necesidad de ir más allá en lo que al sistema penal se refiere, cubrir buena parte de estas carencias, supone partir de una crítica objetiva y constructiva a partes iguales. Si de verdad se quiere enmarcar el sistema penal dentro de la reinserción social y se busca una protección efectiva de las víctimas, la Justicia restaurativa se conforma como una tercera vía, una alternativa que actuará como complemento del sistema y que cuenta con el respaldo de la UE, así como de importantes instituciones jurídicas de nuestro país tales como el CGPJ.

1.3. Antecedentes y fundamentos del Estatuto de la Víctima del Delito: Ley 4/2015.

1.3.1. Concepto de víctima: la evolución de sus derechos a nivel nacional y europeo.

El término “víctima”, tiene un trasfondo emocional y una dimensión social relacionada con la creciente sensibilidad hacia sus necesidades.

A partir de los años 80 del Siglo XX, se ha ido produciendo un cambio en el paradigma de las víctimas del delito, de un sistema penal hecho a medida del delincuente, los operadores jurídicos han pasado a ser conscientes de la necesidad de expresión de las víctimas para una adecuada reparación del daño sufrido, su participación es necesaria para garantizar su derecho al debido proceso.

³⁵ FLORES PRADO, Ignacio. “Algunas reflexiones sobre la justicia restaurativa en el sistema español de derecho penal”, Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje, núm. 2, 2015, pp. 17.

La manifestación más importante a nivel internacional es la aprobación de la Declaración de los derechos de las víctimas del delito y del abuso de poder, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas de 1985, que reconoce los derechos de las víctimas de acceso a la justicia, derecho de información a lo largo del procedimiento, asistencia, reparación y protección³⁶.

Esta declaración supone un gran avance: el reconocimiento de la víctima con autonomía con respecto al infractor, si hasta el momento esta solo había sido considerada parcialmente, la identificación o no de los culpables, no será ahora condición indispensable para su reconocimiento.

En el ámbito europeo, el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 y su jurisprudencia, han servido para incidir en la mejor del estatuto de la víctima del delito, que si bien no reconoce ningún derecho de esta en relación con el proceso penal, en determinadas decisiones importantes se le ha reconocido la aplicación del artículo 6.1 del CEDH permitiéndole ser parte civil en el proceso penal, articulando una estructura propia para que la esta tenga cabida en el proceso penal de los estados miembros del Consejo de Europa, estableciendo una construcción dogmática de naturaleza jurisprudencial basada en distintas sentencias³⁷.

A las diversas iniciativas del Consejo de Europa han seguido normas de efecto vinculante de la Unión Europea, la última de las cuales, la Directiva 2012/29/UE, de 25 de octubre, representa un gran avance en la fijación de una regulación común del estatuto jurídico de las víctimas³⁸.

³⁶ TAMARIT SUMALLA, Josep. Estatuto de la Víctima, Tema 1: Concepto y necesidades de la víctima, Curso online, Consejo General del Poder Judicial: Escuela Judicial, 04/2016, pp. 4.

³⁷ GÓMEZ COLOMER, Juan Luis; “Estatuto Jurídico de la Víctima del Delito: La posición jurídica de la víctima del delito ante la Justicia Penal. Un análisis basado en el Derecho Comparado y en la Ley 04/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito en España.” Navarra: Editorial Aranzadi, SA. 2015. Pág. 198.

³⁸ TAMARIT SUMALLA, Josep. “Paradojas y patologías en la construcción social, política y jurídica de la victimidad”, Revista InDret: revista para el análisis del Derecho, 01/2013, pp. 3 y 4.

1.3.2. La Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo: antecedente directo de la Ley del Estatuto Jurídico de la Víctima del Delito.

La mentada norma establece Normas Mínimas sobre los Derechos, el Apoyo y la Protección de las Víctimas de Delitos, y por la que se sustituye la Decisión Marco 2001/220/AI del Consejo. Debía ser traspuesta en España antes del 16 de Noviembre del 2005 lo que ha tenido lugar con la publicación del Estatuto de la Víctima del Delito.

Como ya se deduce por el título de la misma, la Directiva 2012/29/ UE, recoge un cupo de derechos mínimos que deben ser reconocidos por los Estados a las víctimas de delitos, así como una serie de medidas amparadoras de las mismas. Tal y como se describe en su artículo 1.1: *“La finalidad de la presente Directiva es garantizar que las víctimas de delitos reciban información, apoyo y protección adecuados y que puedan participar en procesos penales”*³⁹.

De lo enunciado podemos extraer una regulación de derechos de información, apoyo y protección, así como una serie de medidas para la participación activa en el proceso penal.

En lo referente a este segundo aspecto, hemos de tener en cuenta la regulación de cada Estado miembro, el grado de participación de la víctima en el proceso vendrá condicionado por lo establecido en su legislación nacional. Así, si la víctima tiene reconocido su derecho a formar parte en el proceso penal, como ocurre en España; si está sometida a la obligación legal de hacerlo; o bien, si tiene reconocida la posibilidad de participar activamente a pesar de no tener reconocido el estatus de parte.

Si continuamos analizando la Directiva, en su artículo 2.1 nos define el concepto de víctima, ésta alude a la persona física que haya sufrido un daño

³⁹ GÓMEZ COLOMER, Juan Luis; “Estatuto Jurídico de la Víctima del Delito: La posición jurídica de la víctima del delito ante la Justicia Penal. Un análisis basado en el Derecho Comparado y en la Ley 04/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito en España.” Navarra: Editorial Aranzadi, SA. 2015. Pág. 182.

o un perjuicio, ya sea físico, psíquico o económico, como consecuencia de una infracción penal. Así también encuadra dentro del marco objetivo de la misma, a los familiares de aquellas personas cuya muerte haya sido consecuencia de un delito, habiendo sufrido un daño o perjuicio como consecuencia de la muerte de dicha persona.

En lo referente a la primera de las finalidades que atiende la Directiva, los derechos de información, apoyo y protección persiguen que las víctimas estén informadas de su condición con independencia de su mayor o menor grado de participación en el proceso. Y siguiendo con este objetivo, se reconoce el derecho de las víctimas de acceso a servicios de apoyo que han de estar previstos en los distintos Estados miembros. La última parte de la Directiva alude a la ya mencionada participación de la víctima en el proceso. La norma recoge los mínimos derechos y garantías, existiendo por tanto un amplio margen para aquellos Estados que quieran ofrecer un mayor nivel de protección⁴⁰.

Vamos a desglosar algunos aspectos concretos, que por su importancia, tienen un reflejo trascendental en el Estatuto Jurídico de la Víctima del Delito.

a) Concepto de víctima:

Como ya veníamos anticipando en la descripción introductoria de la Directiva, ésta, va a optar por un concepto estricto de víctima⁴¹, solo será considerada como tal aquella que haya sufrido un daño, así como sus familiares si esta ha fallecido como consecuencia del delito. Solo podrán ser titulares de los derechos recogidos en la norma las personas físicas.

⁴⁰ GÓMEZ COLOMER, Juan Luis; “Estatuto Jurídico de la Víctima del Delito: La posición jurídica de la víctima del delito ante la Justicia Penal. Un análisis basado en el Derecho Comparado y en la Ley 04/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito en España.” Navarra: Editorial Aranzadi, SA. 2015. Pág. 183

⁴¹ GÓMEZ COLOMER, Juan Luis; “Estatuto Jurídico de la Víctima del Delito: La posición jurídica de la víctima del delito ante la Justicia Penal. Un análisis basado en el Derecho Comparado y en la Ley 04/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito en España.” Navarra: Editorial Aranzadi, SA. 2015. Págs. 184, 185, 186 y 187.

Si bien la Directiva nos ofrece un concepto estricto de víctima, algo reducido si lo comparamos con la amplitud de la ley española, que va a proteger también a las víctimas directas y no solo a los familiares, es destacable que para su legitimación no se alude a criterios sociales, ideológicos o personales que puedan inducir en mayor o menor medida una necesidad de protección. Víctima es, con independencia de estos factores, la que sufre un daño, prescindiendo incluso del criterio de la nacionalidad.

b) La reparación del daño

La Directiva aboga, por un lado, por la indemnización del daño, y por otro aludiendo a la Justicia reparadora, que incluye sin duda alguna la mediación penal. En el plano económico se regulan tres aspectos fundamentales⁴²: el derecho a la restitución de los bienes que hayan sido incautados en el curso de la investigación penal, derecho al reembolso de los gastos producidos como consecuencia de su participación en el proceso y el derecho a una decisión sobre la indemnización de perjuicios por parte del autor del delito. Los Estados promoverán medidas para que el autor de la infracción indemnice a la víctima adecuadamente.

En concreto este último, va a tener su satisfacción mediante el cauce de la mediación penal y las demás instituciones de la Justicia reparadora, que se prevén en el artículo 12 de la Directiva.

La llamada segunda victimización hace de este tema algo especialmente controvertido y delicado. Es necesario que las autoridades de los Estados, establezcan las garantías suficientes para asegurar la efectividad de este cauce, y prever los requisitos necesarios tales como: La naturaleza y gravedad del delito, el daño causado, la violación de la integridad física, sexual o psicológica, la desigualdad de poder y la edad o madurez

⁴² GÓMEZ COLOMER, Juan Luis; “Estatuto Jurídico de la Víctima del Delito: La posición jurídica de la víctima del delito ante la Justicia Penal. Un análisis basado en el Derecho Comparado y en la Ley 04/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito en España.” Navarra: Editorial Aranzadi, SA. 2015. Págs. 188 y 189.

intelectual. Estas medidas garantizarán que las víctimas que opten por los servicios de justicia restauradora tengan acceso a servicios seguros y competentes. Para ello, podrá recurrirse a los mismos siempre que esto vaya a redundar en el interés de la víctima, y este deseo se base en su consentimiento libre e informado, que va a poder ser retirado en cualquier momento. La víctima habrá de estar informada de todos los procedimientos y sus posibles resultados de manera imparcial, siendo presupuesto básico que el infractor haya reconocido al menos los elementos fácticos básicos del hecho delictivo. El acuerdo alcanzado entre ambas partes también tendrá carácter de voluntario y podrá ser tenido en cuenta en el proceso penal.

En relación con la restauración de la víctima, es importante el tratamiento que de la misma hace la Directiva a través de la consagración de una serie de derechos. La individualización de las circunstancias personales de la víctima va a incidir en todos los momentos del proceso, lo que va a contribuir a sentirse más valorada y respetada, y lo que le va a permitir tomar las riendas de su propia recuperación.

La Directiva 2012/29 reconoce cuatro derechos fundamentales⁴³ de las víctimas del delito, distinguiendo entre los derechos de las víctimas que deciden no participar en el proceso penal y los de aquellas que además deciden participar en él de acuerdo a la normativa de su Estado. La Directiva se apoya en los principios reconocidos por la Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea del año 2000.

1. Derecho a la información:

El derecho a la información se recoge en los artículos 3 y 7, desglosándose en una serie de derechos más específicos. En estos casos, estamos hablando de derechos de la víctima que no puede ser parte en el proceso penal o bien que aún no ha decidido serlo, como puede ocurrir

⁴³ GÓMEZ COLOMER, Juan Luis; “Estatuto Jurídico de la Víctima del Delito: La posición jurídica de la víctima del delito ante la Justicia Penal. Un análisis basado en el Derecho Comparado y en la Ley 04/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito en España.” Navarra: Editorial Aranzadi, SA. 2015. Págs. 190 a 197.

en el caso de España. En el resto de países de la Unión Europea, en los que la persona afectada no tiene esta opción, constituyen derechos básicos para lograr la restauración de la víctima.

La víctima tiene derecho a entender y ser entendida, pudiendo explicar las circunstancias en las que se ha producido el delito y aportar las pruebas correspondientes, lo que en determinados casos puede suponer la necesidad de un intérprete, accediendo a este de manera gratuita.

2. Derecho al apoyo.

Tiene dos manifestaciones según los artículos 8 y 9:

1. Derecho de acceso a los servicios de apoyo a las víctimas
2. Medidas de apoyo prestadas por estos servicios

El mecanismo sustentador de este derecho, se activa incluso sin que haya mediado denuncia por parte de la víctima, y se traduce en asesoramiento y atención por parte de profesionales de la rama de la psicología, con la atención puesta en afrontar y reparar el trauma causado por el delito. Es un procedimiento confidencial y gratuito.

3. Derecho a participar en el proceso penal.

Se compone por los siguientes derechos de acuerdo con los artículos 10 a 17:

- a) Derecho a ser oído
- b) Derechos en caso de decidir no continuar en el procedimiento
- c) Derecho a obtener garantías en el marco de la Justicia reparadora
- d) Derecho a la justicia gratuita
- e) Derecho al reembolso de gastos
- f) Derecho a la restitución de bienes

- g) Derecho a obtener una decisión relativa a la indemnización por parte del infractor
- h) Derechos en el supuesto de residir en otro estado miembro

Este reconocimiento de derechos encuentra su fundamento en aquellos países en los que la víctima no puede ser parte acusadora en el proceso penal, pues si, como en el caso de España, tiene esta posibilidad, se presupone que goza de los mismos.

4. Derecho a la protección.

La protección de la víctima es uno de los derechos más importantes de acuerdo con el artículo 18 de la Directiva, ya que el riesgo de victimización secundaria, la intimidación o represalias por el infractor como consecuencia de la participación en un proceso penal, deben evitarse mediante intervenciones adecuadas al nivel de confianza de la víctima en las instituciones y autoridades, lo que se traduce en el reconocimiento de una serie de derechos relacionados con la protección, y la limitación o circunscripción de los mismos.

Los derechos se recogen en los artículos 18 a 24 de la Directiva:

- a) Derecho a la protección
- b) Derecho a evitar el contacto entre víctima e infractor
- c) Derecho a la protección durante la investigación
- d) Derecho a la protección de la intimidad
- e) Derecho a ser evaluada individualmente, para determinar sus concretas necesidades de protección
- f) Derecho a la protección de las víctimas con necesidades especiales de protección durante el proceso penal
- g) Derecho a la protección durante el proceso penal si la víctima es menor de edad

En lo referente a la limitación de las intervenciones hacia la víctima se establecen una serie de indicaciones:

- Se deben poner a disposición de los operadores del Derecho todas las medidas necesarias para evitar el sufrimiento de la víctima en el transcurso del proceso judicial, ya sea como resultado del contacto visual con el agresor, como cualesquiera otros colaboradores o público en general que altere su estado emocional.
- Los procesos penales, deberán evitar las dilaciones indebidas, que perjudiquen directamente a la víctima y le hagan repetir las declaraciones o los reconocimientos médicos.
- Mantener la intimidad de la víctima puede ser también, un medio de evitar la segunda victimización, estableciéndose medidas relativas a la prohibición en la difusión de su identidad y paradero.

De lo estudiado nos vamos a referir a dos conclusiones principales en relación con el estatus de protección de la víctima, así como del hincapié que el legislador español ha realizado con respecto a algunos aspectos concretos.

En primer lugar, la Directiva opta por un enfoque individualizador de la víctima, poniendo de manifiesto las especiales necesidades de esta en función de sus características y circunstancias personales, lo que va a desaconsejar establecimiento de formulas generales, abogando por la flexibilización en la normativa protectora de víctimas. Esta idea va a ser de aplicación en el ámbito legislativo pero también en alusión a las prácticas de los operadores públicos en sus contactos con las víctimas, que habrán de considerar estos aspectos a la hora de su tratamiento; y la coordinación con los servicios de asistencia a las víctimas en aras de una mejor atención de las mismas. En segundo lugar, y fuertemente vinculado con lo que se acaba de exponer, la protección en la Directiva

va a estar ligada a la participación de la víctima, ya sea como parte en el proceso o con anterioridad o posterioridad a este⁴⁴.

1.3.3. El Estatuto Jurídico de la Víctima del Delito

La Directiva 2012/29/UE de establecimiento de Normas Mínimas sobre los Derechos, el Apoyo y la Protección de las Víctimas de Delitos, ha sido traspuesta en España mediante una Ley ordinaria: Ley 04/2014 de 27 de Abril del Estatuto de la Víctima del Delito.

A) El concepto de víctima: ámbito subjetivo de la Ley 04/2014.

Son víctimas protegidas por esta Ley⁴⁵: las personas físicas víctimas de delitos cometidos en España, o que puedan ser perseguidos en España, con independencia de su nacionalidad, edad o residencia legal, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1. Por otro lado, en su artículo 2, el Estatuto apuesta también por un concepto extensivo de víctima, en el sentido de que este alcanza también al cónyuge o persona en situación afectiva análoga, parientes directos y personas a cargo de la víctima directa por muerte ocasionada por el delito, así como a los titulares de la patria potestad o tutela en relación a la desaparición forzada de las personas a su cargo, cuando ello determine un peligro relevante de victimización secundaria. No serán aplicables estas disposiciones a terceros que hubieran sufrido perjuicios derivados del delito.

B) La reparación del daño e indemnización de perjuicios

⁴⁴ TAMARIT SUMALLA, Josep; “Concepto y necesidades de la víctima”; Curso online: Estatuto de la Víctima, Tema 1; Escuela del Consejo General del Poder Judicial, 2016. Págs. 13 y 14.

⁴⁵ GÓMEZ COLOMER, Juan Luis; “Estatuto Jurídico de la Víctima del Delito: La posición jurídica de la víctima del delito ante la Justicia Penal. Un análisis basado en el Derecho Comparado y en la Ley 04/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito en España.” Navarra: Editorial Aranzadi, SA. 2015. Págs. 320 a 324.

Si en la Directiva 2012/29 se reconocía expresamente en su artículo 16, el derecho a obtener una decisión concerniente a la indemnización por parte del infractor en el curso del proceso penal, en la presente ley objeto de análisis, no se reconoce una categoría propia del derecho de la víctima a la reparación. Ello con independencia de que se regule en el Código Penal y en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y de que se reconozca la reparación de manera implícita al referirse a la Justicia Restaurativa, como ocurre en el artículo 15.1., o que contenga instituciones específicas a través de la cual canalizar la misma⁴⁶. La importancia de esta mención, radica no solamente en el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la Constitución, sino en la predisposición que muestra la ley al asegurar la reparación económica de la víctima por los daños.

En concordancia con la Directiva 2012/29, fundamento de su creación, el Estatuto Jurídico de la Víctima del delito aspira a ser un catálogo general de los derechos de las víctimas⁴⁷, distinguiendo entre derechos extraprocesales, a los que se categoriza como derechos básicos; y derechos procesales, derechos de la víctima como participante en el proceso penal.

El Título I reconoce una serie de derechos extraprocesales, con independencia de que la víctima sea parte en el proceso o pretenda ejercer algún tipo de acción. Los derechos están orientados principalmente a que la víctima esté informada durante todo el proceso de sus derechos, tanto de los relativos la posibilidad de interponer una denuncia o recibir asesoramiento jurídico, como de las medidas de apoyo y protección disponibles, así como de los servicios relativos a la justicia reparadora. Se parte por tanto, de una individualización en función del tipo de víctima, de manera que se elijan las medidas de protección, orientación y apoyo más adecuadas.

⁴⁶ GÓMEZ COLOMER, Juan Luis; “Estatuto Jurídico de la Víctima del Delito: La posición jurídica de la víctima del delito ante la Justicia Penal. Un análisis basado en el Derecho Comparado y en la Ley 04/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito en España.” Navarra: Editorial Aranzadi, SA. 2015. Pág. 325.

⁴⁷ GÓMEZ COLOMER, Juan Luis; “Estatuto Jurídico de la Víctima del Delito: La posición jurídica de la víctima del delito ante la Justicia Penal. Un análisis basado en el Derecho Comparado y en la Ley 04/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito en España.” Navarra: Editorial Aranzadi, SA. 2015. Págs. 339 a 357.

Este mismo Título I recoge también, los derechos de la víctima en cuanto a su participación en el proceso penal de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pero reforzando la efectividad de este derecho a través de varias medidas. A efectos de este estudio los derechos más relevantes son los de acceso a los servicios de justicia restaurativa, más allá de la mediación entre víctima e infractor. Se concibe este sistema partiendo del consentimiento libre e informado de la víctima y el reconocimiento de los hechos esenciales por parte del autor, en todo caso estos servicios quedan excluidos cuando impliquen riesgos para la seguridad de la víctima o cualquier otro perjuicio.

Destacan también los derechos a los servicios de asistencia y apoyo; toda víctima va a poder acceder a los mismos de manera gratuita y confidencial, ya sean los facilitados por las Administraciones Públicas o las Oficinas de Asistencia a las Víctimas, extendiéndose este derecho a los familiares de la víctima. En el caso de víctimas de especial gravedad en atención al delito, será necesario derivarlas a las Oficinas de Asistencia a las Víctimas.

Lo que hace por tanto la LEstVict es acoger en España el concepto de asistencia de la víctima en forma organizada, generando un apoyo individualizado que ayude a resolver los problemas psicológicos, sociales y económicos derivados de delito, contribuyendo directamente a la desvictimización en esta primera fase.

La ejecución de este derecho va a tener lugar fuera de instancias procesales, ya sea en un organismo específico creado a tal fin, o en una Oficina de Asistencia a las Víctimas de naturaleza privada. Esta distribución de las víctimas, facilita que organizaciones privadas o no gubernamentales puedan dedicarse a cubrir esta necesidad, las cuales previsiblemente tendrán un carácter más flexible.

Se contienen disposiciones específicas relativas a la organización y funcionamiento de las Oficinas de Asistencia a las Víctimas del delito, así como el fomento de la sensibilización de los operadores jurídicos,

funcionarios y demás personal de la Administración, encaminado a mejorar el trato directo con la víctima, otorgándole un enfoque solidario. Destacan asimismo las previsiones concernientes a facilitar la coordinación entre los distintos servicios que desempeñan funciones de asistencia a las víctimas del delito.

La Ley desarrolla de manera concreta pero partiendo de unos mínimos, las funciones de las Oficinas de Asistencia a las Víctimas, que prestarán:

- a) Información general sobre sus derechos y la posibilidad de acceder a una indemnización.
- b) Información sobre los servicios especializados disponibles en función de sus circunstancias personales y las características del delito sufrido.
- c) Apoyo emocional
- d) Asesoramiento relativo a los derechos económicos relacionados con el proceso, así como su derecho de acceso a la justicia gratuita
- e) Asesoramiento sobre las formas de evitar la victimización secundaria y las represalias.
- f) Asistencia psicológica
- g) Acompañamiento a juicio
- h) Información sobre recursos psicosociales disponibles
- i) Medidas especiales de apoyo cuando se trate de una víctima con necesidades especiales de protección

La obtención de estas prerrogativas no está supeditada a la presentación previa de denuncia.

Asimismo, las Oficinas de Asistencia a las Víctimas prestarán, apoyo a los servicios de Justicia restaurativa. El fundamento de esta disposición radica, en que los organismos de ayuda a las víctimas del delito deben colaborar en el éxito de la Justicia Restaurativa, de tal manera que se logre la reparación real de la víctima.

La ley también hace una enumeración extensiva de los derechos de la víctima a lo largo del proceso, el fundamento de la misma radica en la necesidad de que esté informada adecuadamente, tenga la posibilidad de expresarse, participar activamente, así como acceder a los servicios de justicia restaurativa.

- Derechos procesales penales

La LEstVict regula hasta siete derechos procesales, la mayoría de ellos ya recogidos en la LECRIM, proliferación normativa que puede acarrear consecuencias en la práctica, especialmente problemas de carácter interpretativo. La enumeración concerniente a los derechos procesales penales es la siguiente:

1. Derecho a entender y ser entendida en las actuaciones procesales penales desde la interposición de la denuncia

Este derecho tiene múltiples manifestaciones que se concretan en distintas actitudes y procedimientos que han de ser tenidos en cuenta a la hora de comunicarse con la víctima; se llevará a cabo siempre mediante un lenguaje claro y accesible, teniendo en cuenta sus características personales y las necesidades que pueda tener como consecuencia de una disfunción sensorial. Así mismo, la víctima podrá contar con la asistencia y apoyo necesarios para poder hacerse entender ante las autoridades, ya sea mediante las Oficinas de Asistencia a las Víctimas o la interpretación en la lengua correspondiente.

Lo que se prevé, es una manifestación del derecho a ser informado una vez se haya iniciado el proceso, para lo cual ha tenido que ser informada debidamente de manera previa al inicio de este. Derivación de este derecho es también, la posibilidad de la víctima de estar acompañada no solamente por su abogado, sino también de una persona a su elección

desde el momento que entra en contacto con las autoridades y funcionarios, detalle a priori sin importancia, pero que puede resultar vital para el desenvolvimiento de la persona afectada en la complejidad del proceso, generando confianza y seguridad.

2. Derecho a la información desde el primer contacto con las autoridades competentes.

Este derecho de la víctima consiste fundamentalmente en recibir de la autoridad competente la información concerniente a sus derechos y el desarrollo del proceso, sin dilaciones indebidas y siempre bajo el prisma de las circunstancias y el tipo de víctima frente a la que nos encontremos. Una muestra informativa de sus derechos y los medios a su alcance podrían aludir a los siguientes extremos:

1. Medidas de asistencia y apoyo disponibles
2. Derecho a denunciar los hechos y el procedimiento que corresponda
3. Derecho a facilitar elementos de prueba a la autoridad
4. Derecho de asesoramiento y defensa jurídica gratuita
5. Medidas de protección a su disposición y el procedimiento relativo a las mismas
6. Derecho de reparación, desde el punto de vista económico pero también, en atención a los servicios de justicia restaurativa a su alcance
7. Servicios de interpretación y traducción
8. Ayudas y servicios auxiliares para la comunicación
9. Posibilidad de ejercicio de sus derechos si reside fuera de España
10. Medios de impugnación a su disposición
11. Modo de contactar con la autoridad judicial y fiscal
12. Obtención del reembolso de los gastos judiciales
13. Derecho a ser notificada del desarrollo del proceso penal

3. Derecho a ser informado sobre la causa penal

Este precepto tiene especial trascendencia en el caso de que la víctima haya decidido no ser parte en el proceso penal, permitiéndole estar informada en todo momento sobre su desarrollo, a efectos de conocimiento, pero también permitiéndole interactuar en el proceso penal llegado un determinado momento. La información versará sobre:

1. Auto denegando el inicio del proceso penal
2. Sentencia que ponga fin al procedimiento
3. Autos de prisión y de puesta en libertad
4. Providencia de comunicación de fuga
5. Autos sobre adopción y modificación de medidas cautelares personales destinadas a garantizar la seguridad de la víctima
6. Resoluciones de cualquier autoridad judicial o penitenciaria que afecten a sujetos condenados por delitos cometidos con violencia o intimidación
7. Resoluciones durante la ejecución de la pena en caso de condena por determinados delitos muy graves.

Resulta fundamental, a efectos de la seguridad emocional de la víctima, que esta pueda tener conocimiento en todo momento de cómo se está desarrollando el proceso y cuál es la situación del infractor en los distintos momentos del mismo.

4. Derecho a la traducción e interpretación

El derecho es aplicable a todas las víctimas que no entiendan el castellano o la lengua oficial que se utilice en la actuación de que se trate. Consiste en intérprete y traducción gratuitas, permitiendo a la víctima comunicarse y entender tanto en los actos orales como en la recepción y presentación de escritos. Detalle a considerar es que la ley permita no transcribir de manera literal los documentos, sino sustituirlos por un resumen oral de su contenido. Podríamos valorar positivamente la amplia extensión de este derecho que hace la ley, sin embargo, el coste

cero en su aplicación nos hace ser escépticos en lo que a la consecución de sus fines se refiere, pues la traducción e interpretación implica alta dotación de medios personales y materiales.

5. Derecho a participar en el proceso penal como parte, ejerciendo la acción civil e interponiendo la pretensión penal.

Estos derechos tienen diversas manifestaciones en función de si la víctima decide ser parte o no en el proceso. Destaca este precepto en relación a las víctimas que hayan decidido no ser parte o que aún no lo tengan claro, pues se les permite participar inicialmente en el proceso colaborando con la investigación, labor que puede resultar fundamental para su posterior reparación e indemnización, elevándose a rango de ley, y por tanto dotándose de seguridad, a lo que ya viene sucediendo en la práctica, pues las autoridades policiales siempre buscan la colaboración de la víctima, mediante la aportación de pruebas o las declaraciones personales.

Lógicamente, no tendría sentido que, conformado su estatus de víctima, esta tuviera que abonar las costas derivadas del procedimiento. Tiene preferencia con respecto al abono de los gastos que se le hubieren causado al Estado.

Especial mención merece, dada la finalidad del presente trabajo, la alusión a la Justicia restaurativa presente en la LEstVict en su artículo 15, en el que se alude a los *“Servicios de justicia restaurativa”*:

“ 1. Las víctimas podrán acceder a los 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 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 efectivo su cumplimiento;
- c) el infractor haya prestado su consentimiento;
- d) el procedimiento de mediación no entrañe 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.

2. Los debates desarrollados dentro del procedimiento de mediación será 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.

3. La víctima y el infractor podrán revocar su consentimiento para participar en el procedimiento de mediación en cualquier momento.”

Si bien la mediación penal no es la única manifestación de la Justicia restaurativa, el tenor literal de la ley invita a considerarla como tal, en el sentido de que no recoge ningún “servicio” más dentro de este tipo de Justicia. La ley abre la posibilidad a su plena implantación, ya que al menos constituye un reconocimiento de la misma, no obstante, primero habría de aprobarse una ley que recogiese la mediación penal en adultos, y un desarrollo reglamentario exhaustivo que garantizase la adecuada protección de la víctima, así como el respeto a los principios constitucionales y penales.

Todo ello sin dejar de lado los complicados requisitos que establece la norma para poder acudir a la mediación penal, cuya concurrencia puede resultar del todo imposible en gran parte de los delitos. Tampoco

establece qué delitos son susceptibles de mediación, ya que previsiblemente no lo será en todos ellos.

En relación a la rigurosidad de requisitos que establece la Ley, los que más problema podría llegar a plantear son los dos últimos; en tal sentido, la conformación de los servicios de Justicia restaurativa solo cuando estos no entrañen riesgo para la víctima, va a exigir que el espacio de diálogo sea seguro y propicio para los objetivos que persigue. Para ello, va a ser necesario que el juez tome en consideración criterios como el tipo de delito o las circunstancias en las que se ha producido el mismo, el daño causado a la víctima o la posible existencia de un contexto de dominación violenta. La minimización de los riesgos de victimización secundaria es primordial a la hora de satisfacer las necesidades de la víctima.

Las víctimas especialmente vulnerables no están excluidas del acceso a los servicios de Justicia restaurativa, pero sí precisan una tutela reforzada mediante la ponderación del juez de las circunstancias concernientes al caso concreto, con el fin de evitar que las desigualdades de poder pudieran comprometer el consentimiento libremente informado de la víctima⁴⁸.

En relación a aquellos delitos en los que esté expresamente prohibido por la ley, en España esta interdicción se refiere a los delitos que sean competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer (art. 87 ter. 5 LOPJ).

Sí se van a poner de manifiesto la voluntariedad y revocabilidad de la mediación, caracteres absolutamente ineludibles en un procedimiento de esta naturaleza.

⁴⁸ SUBIJANA ZUZUNEGUI, Ignacio José; PORRES GARCÍA, Izaskun; SÁNCHEZ RECIO, Marta; “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”; Revista de Victimología, núm. 2, 2015. Págs. 7 y 8.

2. ENCAJE DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA EN EL ÁMBITO PENAL: COMPATIBILIDAD CON LOS PRINCIPIOS PENALES.

Como hemos tenido oportunidad de analizar en el epígrafe referido a la LEstVict y sin perder de vista la finalidad de la misma consagrada en su preámbulo, esta ley es sin duda un reflejo de las pretensiones del legislador, puestas de manifiesto en la sucesión de derechos reconocidos, especialmente en el caso de las víctimas que deciden no ser parte, cuya posición se ve mejorada. El Estatuto cumple con el objetivo de extensión de derechos que ya se otorgaban a tipos concretos de víctimas, otorgando garantías procesales y preprocesales, y que van más allá de la restauración económica de la víctima, procurando su mayor protección e integridad física, moral y dineraria.

No obstante, de habernos encontrado con una ley aunadora de todas las pretensiones de la Justicia restaurativa en el ámbito penal, la realización de este trabajo sería en vano. No podemos olvidar la escasa alusión que de la misma hace la Ley, consagrando unos servicios que en realidad son solo uno y sin desarrollo legal que la materialice: la mediación penal.

Como ya hemos referido en párrafos anteriores, la Justicia restaurativa va más allá de la mediación penal, la cual tampoco puede ser concebida como tal en la actualidad, en ausencia de ley que la desarrolle y reglamente que procure la eficacia de sus mandatos. No está demás por tanto, valorar la compatibilidad de la Justicia restaurativa en este ámbito, con los principios penales que sustentan nuestro ordenamiento jurídico, una vez que hemos analizado el alcance y sentido del sistema penal, y la sucinta regulación que nuestro ordenamiento hace de la Justicia reparadora, establecida en todo caso, desde la sola consideración de la víctima.

El orden jurídico penal implica en sentido amplio, la limitación de los derechos y libertades del individuo, justificadas en tanto en cuanto estas sean necesarias para posibilitar la convivencia pacífica de los ciudadanos. Por ello es necesario establecer una serie de límites al *ius puniendi* del Estado, los cuales van a llevarse a cabo mediante principios que han de conformar el ordenamiento jurídico penal.

2.1. Principio de legalidad.

El artículo 25.1 de la Constitución española recoge el principio de legalidad⁴⁹, determinando que no puede imponerse ninguna pena que no esté preestablecida en una ley. Podemos distinguir una primera dimensión jurídica del principio que en tal sentido va a otorgar al ciudadano la información acerca de las normas existentes, las sanciones y el procedimiento. Por otro lado, la dimensión política garantiza legitimación democrática de las disposiciones a cerca de los delitos y las penas, pues son resultado de la voluntad general de los ciudadanos mediante el ejercicio de creación y aprobación de normas por sus representantes.

“Este principio implica la consagración del imperio de la Ley, pues supone la exigencia de una ley representativa de la voluntad popular que, con carácter previo a la realización de un hecho delictivo, asegure la previsibilidad de la existencia de una reacción penal y su intensidad”⁵⁰.

En lo relativo a sus efectos, responde al principio *“nullum crimen, nulla poena, sine previa lege”*, del cual se derivan una serie de garantías fundamentales; la primera de ellas, la garantía criminal, se reconoce en el artículo 25 de la Constitución Española y en los artículos 1 y 10 del Código Penal, y va a implicar que no hay delito sin ley previa que aluda al mismo. Directamente relacionada con la anterior, la garantía penal establece que no hay sanción sin ley previa que contenga el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica asociada al mismo. Se recoge en el artículo 2.1 del Código Penal. Por su parte la garantía jurisdiccional y de manera correlativa con la anterior, señala que la pena solo va a poder ser impuesta de acuerdo con los procedimientos y requisitos establecidos por la ley. Se formula en el artículo 3.1 del Código Penal. Por último, la garantía de ejecución, alude a

⁴⁹ GÓMEZ RIVERO, M. ^a del Carmen, Martínez González M. ^a Isabel, Núñez Castaño Elena; “Nociones fundamentales de derecho penal: parte general”; Madrid: Editorial Tecnos, 2015. Pág. 61 a 63.

⁵⁰ GÓMEZ RIVERO, M. ^a del Carmen, Martínez González M. ^a Isabel, Núñez Castaño Elena; “Nociones fundamentales de derecho penal: parte general”; Madrid: Editorial Tecnos, 2015. Pág. 62.

que la ejecución de la pena ha de realizarse en la forma prevista en la ley y en los reglamentos, de acuerdo con el artículo 3.2 del Código Penal.

La garantía criminal y la penal, conllevan la concurrencia de una serie de principios que garantizan el respeto al principio de legalidad, como es el principio de reserva de ley.

El principio de legalidad implica la exclusión de la costumbre, jurisprudencia y principios generales del Derecho no escritos como fuente de normas penales. Los artículos 53.1 y 81.1 de la Constitución Española establecen la reserva absoluta de ley orgánica para aquellas que regulen el desarrollo de derechos fundamentales y libertades públicas.

No podemos fundamentar la construcción de un sistema de Justicia restaurativa sin enmarcar este dentro de una ley y unos preceptos reglamentarios que la desarrollen, debiendo ser este desarrollo sumamente exhaustivo en lo que a la estructuración del sistema se refiere. Es necesario que se precisen por medio de una ley orgánica, las garantías y los presupuestos que han de concurrir en todo procedimiento restaurador, así como los momentos procesales en el que esté va a poder tener lugar. Si atendemos al principio de legalidad desde una perspectiva absolutamente pura, será muy difícil tratar de encajar los presupuestos de la Justicia restaurativa con el modelo que este configura. Mediante el principio de legalidad el estado se subroga en los derechos de los particulares garantizando que actuará para solventar la persecución de todos los delitos con independencia de la gravedad de los mismos. Se sitúa este principio al lado de las teorías absolutas de la pena, pero la realidad de los hechos lo ha superado. No ha surtido efectos en términos de eficacia en la persecución de delitos, ni en la reparación de la víctima, pues no atiende a sus necesidades concretas, no se la escucha, ni tiene oportunidad de expresar su deseo de ser reparada⁵¹.

⁵¹ DOMINGO DE LA FUENTE, Virginia. “Análisis de la mediación y la justicia restaurativa como el derecho de las víctimas”. Revista de derecho penal, (Lex Nova).

Por su parte, el principio de oportunidad se fundamenta más a lograr la efectividad del sistema, según Vicente Gimeno Sendra: *“un ordenamiento procesal está informado por el principio de oportunidad cuando los titulares de la acción penal están autorizados, si se cumplen los presupuestos previstos por la norma, a hacer uso de su ejercicio, incoando el procedimiento o provocando su sobreseimiento⁵².”* Este principio ha sido introducido en nuestro ordenamiento jurídico a través de la Ley de responsabilidad penal del menor.

Un enfrentamiento de estos dos principios podría acarrear consecuencias drásticas: la consideración pura del principio de oportunidad pondría en peligro el principio de igualdad y el estado de derecho, sin embargo el principio de legalidad implica hoy en día una excesiva judicialización de los conflictos, con el consiguiente colapso de los juzgados y tribunales⁵³. Sería aconsejable enmarcar la ley en un punto intermedio de estos dos principios, determinando de forma expresa que supuestos van a poder ser objeto del principio de oportunidad, evitando que peligre la igualdad y el estado de derecho. Los que critican este sistema aluden a la privatización de la justicia, la eliminación de las garantías inherentes al proceso y la parcialidad de los acuerdos alcanzados como resultado de la puesta en práctica de sus herramientas restauradoras. No obstante, las experiencias de justicia restauradora⁵⁴ demuestran que las víctimas, en la mayoría de los casos, no

⁵² GIMENO SENDRA, Vicente. Los procesos penales, Bosch, Barcelona, 2000, T. 2, pág. 111.

⁵³ DOMINGO DE LA FUENTE, Virginia. “Análisis de la mediación y la justicia restaurativa como el derecho de las víctimas”. Revista de derecho penal, (Lex Nova).

⁵⁴El CGPJ realizó entre los años 2005 y 2008 una investigación en colaboración con los distintos equipos de mediación de las provincias participantes. Los datos con los que se elabora este trabajo se han obtenido de las experiencias en mediación realizadas en los siguientes órganos jurisdiccionales: Juzgado de lo Penal 20 de Madrid, Juzgados de Instrucción 32 de Madrid, Juzgado de Ejecuciones 4 de Madrid, Juzgado de Instrucción 3 de Pamplona, Juzgado de Instrucción 13 de Sevilla, Juzgado de Instrucción 2 de Calatayud, Juzgado de Instrucción 4 de Zaragoza, Juzgado de lo Penal 3 de Jaén, Juzgado de lo Penal 2 de San Sebastián, Juzgado de Instrucción 1 de Bilbao. Hemos trabajado con una muestra de 310 casos. RÍOS MARTÍN, Julián Carlos; MARTÍNEZ ENCAMILLA, Margarita; SEGOVIA BERNABÉ, José Luis; GALLEGO DÍAZ, Manuel;

precisan de una restitución de tipo material, sino fundamentalmente en el plano emocional, que ayude a difuminar las huellas marcadas por el delito.

No debemos entender el principio de legalidad como una previsión medida y exacta de las consecuencias jurídicas aparejadas a todo delito, pues en tal sentido, el contenido exacto de un acuerdo que tenga lugar como resultado de un proceso de mediación penal nunca será previsible, pero sí habrá de estar previsto en la ley la medida y alcance de las materias sobre las que este puede versar, sus límites, consecuencias y en general otra serie de cuestiones que analizaremos con detalle en el subepígrafe relativo a la mediación penal.

En esta doble consideración de principios, podríamos prescindir del principio de legalidad en el caso de los delitos leves, configurando la mediación penal como método alternativo, teniendo en cuenta que en los delitos graves funcionaría como complemento.

La consagración del principio de legalidad, no debería impedir la entrada de instituciones como la mediación penal inspiradas en la Justicia restaurativa puesto que la consideración del principio de oportunidad va a tener lugar solo en los supuestos que la ley determine. En otros casos, seguirá rigiendo este principio, ya que la mediación no se configura como una alternativa al proceso penal, es una institución complementaria dependiendo de la gravedad del delito y las circunstancias del caso.

2.2. El principio de intervención mínima

El Derecho penal, como máximo limitador de derechos y libertades fundamentales, solo debe intervenir en el caso de ataques muy graves contra

CABRERA, Pedro; JIMÉNEZ ARBELO, Montserrat. “Justicia Restaurativa y mediación penal. Análisis de la experiencia.” Investigación del CGPJ, 2005-2008. Pág. 97 a 109.

bienes jurídicos importantes⁵⁵. De tal manera que no va a ser adecuado el proceso penal cuando podamos acudir a instrumentos de naturaleza menos coercitiva, que cumplan de igual manera con la finalidad preventiva⁵⁶.

Este principio tiene dos manifestaciones diferenciadas: una primera dimensión externa, que implica prescindir de la sanción penal siempre que los efectos preventivos de la misma puedan tener lugar mediante otras vías menos gravosas, así como una dimensión interna que obliga a prescindir de una sanción penal si los efectos preventivos se puede alcanzar mediante otra sanción penal menos gravosa.

En relación a la dimensión externa, se derivan otros principios que conforman el de intervención mínima:

a) Principio de exclusiva protección de bienes jurídicos

Este principio implica que el Estado solo podrá intervenir legítimamente en la esfera de los derechos y libertades fundamentales de los individuos cuando lo haga para proteger los bienes jurídicos penales frente a conductas que podrían afectar a los mismos. De tal manera que, conviene determinar que bienes podemos considerar como suficientemente importantes para considerarlos dignos de protección penal, excluyendo los valores puramente morales, siendo necesario también que la conducta tenga potencialidad dañina para el bien jurídico que justifique la intervención penal.

b) Principio de subsidiariedad

⁵⁵ GÓMEZ RIVERO, M. ^a del Carmen, Martínez González M. ^a Isabel, Núñez Castaño Elena; “Nociones fundamentales de derecho penal: parte general”; Madrid: Editorial Tecnos, 2015. Págs. 73 a 78.

⁵⁶ DOMINGO DE LA FUENTE, Virginia. “Contexto teórico-práctico de la justicia restaurativa en Europa con especial atención a España”; ponencia impartida en el congreso internacional: “Ciencia penal y justicia penal restaurativa”; 2011, Guayaquil (Ecuador); Pág. 72.

El Derecho penal solo estará legitimado a intervenir cuando se haya constatado la insuficiencia del resto de instrumentos de control social para lograr la plena protección del bien jurídico y la prevención de graves ataques a la convivencia. Esto no implica que el Derecho penal esté subordinado al resto del ordenamiento jurídico, pero la gravedad de sus mandatos aconseja que solo se acuda a este cuando sea la última solución posible.

c) **Carácter fragmentario**

El Derecho penal no tiene la función de proteger todos los bienes jurídicos frente a todos los ataques posibles, solo los bienes jurídicos más importantes frente a los ataques más graves. Des este modo, el derecho penal sólo se refiere a una parte o fragmento de todo el conjunto de acciones prohibidas y bienes jurídicos protegidos por el Ordenamiento jurídico, de ahí su carácter fragmentario. Este principio va a plantear la dificultad en la determinación de los bienes jurídicos más importantes y de la gravedad en el ataque que justifique la intervención.

La dimensión interna se va a manifestar en una serie de principios:

a) **Principio de proporcionalidad**

Se trata de un principio limitador del poder estatal derivado de la exigencia de que el legislador busque el equilibrio entre la gravedad de las conductas delictuales y la entidad de las penas que estas llevan aparejadas, puesto que las penas han de ser proporcionadas a la gravedad del delito cometido. Esta adecuación se establece en virtud de la importancia del bien jurídico que resulte afectado, pues servirá como indicador para modular la sanción; la forma de ataque al bien jurídico, motivo por el cual un ataque doloso es castigado mayormente que un ataque imprudente, y el grado de potencialidad lesiva que tenga el comportamiento respecto del bien jurídico protegido.

El Tribunal Constitucional entendió, en este sentido, que el juicio de proporcionalidad se basaba en tres aspectos fundamentales: el principio de adecuación de la medida adoptada al fin que se persigue, el principio de necesidad que implica que la vulneración de la libertad sea la mínima imprescindible para la consecución del objetivo, y el principio de proporcionalidad en sentido estricto, entiendo como la exigencia de que la pena abstracta sea acorde a la gravedad del hecho realizado. No obstante, en no pocas ocasiones ha sido matizado este principio señalándose que junto con la consideración del bien jurídico protegido, es preciso atender a los fines derivados de la prevención general y la prevención especial.

b) Principio de humanidad de las penas

Este principio implica que el delincuente va a mantener su estatus de persona como titular de derechos con independencia de la gravedad del delito que haya cometido, debiendo respetarse su dignidad como persona y su derecho a reinsertarse en la comunidad.

Este principio va a llevar aparejado una serie de consecuencias:

- Abolición y prohibición de determinados tipos de pena
- La ejecución de la pena debe estar presidida por el trato digno al penado y la supresión de cualquier sufrimiento o vejación.
- Obligación de garantizar mínimas condiciones de humanidad en los centros penitenciarios.
- Necesidad de que el tiempo de privación de libertad se oriente a la reinserción social del penado.
- Sustitución de la pena de prisión cuando sea posible por otras menos lesivas

El principio de intervención mínima desde el punto de vista de su dimensión externa, va a procurar la protección exclusiva de aquellos

bienes jurídicos importantes frente a las lesiones de entidad amplia. En tal sentido, la Justicia restaurativa no va a ejercer su acción protectora sobre los bienes jurídicos, sino sobre las personas titulares de los mismos que se han visto privados de ellos de alguna manera. No quiere decir esto que este tipo de Justicia vaya a restarle importancia a los mismos, pues su ley reguladora deberá fijar que delitos van a poder ser subsanados mediante los mecanismos restauradores, delitos que se producen como consecuencia de la lesión a los bienes jurídicos protegidos.

Sería un error asociar el principio de subsidiariedad con las herramientas restauradoras de Justicia restaurativa, de modo que la menor entidad del delito propiciara la utilización de este mecanismo alternativo como vía menos dañina que la penal para afrontar el mismo. Sin embargo, los mecanismos que conforman la Justicia restaurativa tienen naturaleza penal en la medida en la que se sitúan junto a la pena o cualquier otra consecuencia derivada del delito, sustituyendo o complementando a esta. Misma consideración podríamos hacer en razón de la materia, pues el carácter fragmentario del Derecho penal provoca su limitación a determinados bienes jurídicos de especial importancia, de manera que la Justicia restaurativa también operaría en la comisión de delitos vulneradores de estos bienes jurídicos. Pero, ¿qué ocurriría si una persona desea someterse a un proceso de Justicia restaurativa, pero la lesión sufrida no alcanza la gravedad suficiente o sencillamente no es uno de los delitos susceptibles de procesos restauradores?

No existe una respuesta sencilla a esta pregunta, ya que no podemos acudir a ley alguna que determine el ámbito de aplicación de la Justicia restaurativa y su fundamento. Sin embargo, es evidente que la consideración de algunos delitos y no de otros podría atentar contra el principio de igualdad, a la par que implicaría un “paternalismo” exacerbado por parte del Estado, que no permitiría decidir a las propias víctimas si requieren de un proceso de este tipo o no. En determinadas situaciones formadas como consecuencia de

la gravedad o la sensibilidad que generan algunos delitos (delitos sexuales, delitos de violencia de género...), o los que comúnmente aluden a las víctimas de los mismos como “víctimas especialmente vulnerables”, se establece, en aras de su protección una concepción de ausencia de voluntad de la víctima. Esta falta de capacidad que se asocia a este tipo de víctimas no encuentra su sentido en todos los delitos de esta índole, en los que se espera una protección penal reforzada, pero no la prohibición de acudir a las técnicas de Justicia restaurativa⁵⁷.

En todo caso habrá determinados supuestos tales como la reincidencia en la que la Justicia restaurativa no será la vía más adecuada en lo que a el encuentro víctima/infractor se refiere, lo cual no va a implicar la imposibilidad absoluta de acudir a la misma, pues como luego veremos existen otras maneras de atender a las necesidades de las víctimas.

Desde el prisma de su visión interna, el principio de proporcionalidad implica una respuesta adecuada al delito, que se fundamente en la gravedad de este. Es lógico que los delitos de mayor gravedad lleven aparejada una pena mayor, en consonancia con su finalidad retributiva. Pero por otro lado, y como ha manifestado el propio Tribunal Constitucional, también va a ser necesario atender a su finalidad preventiva especial, de tal manera que la pena lleve aparejada la reeducación del delincuente. En este sentido, la Justicia restaurativa no va a establecer una proporción entre la gravedad del delito cometido y la consecuencia que este lleve aparejada, pues no existe un parámetro objetivo que permita determinar la mayor o menor necesidad de la víctima en función de la entidad del delito, pues sus emociones hacia el mismo variarán en razón de sus circunstancias personales. No obstante, la ley que conforme este tipo de Justicia sí que deberá determinar de manera clara en qué medida

⁵⁷ SUBIJANA ZUNZUNEGUI, Ignacio José; “Las víctimas especialmente vulnerables (en especial en los delitos sexuales y de violencia de género)”; Curso online: Estatuto de la Víctima, Tema 5; Escuela del Consejo General del Poder Judicial, 2016. Pág. 28.

se va a poder modular la pena en función del tipo del delito, así como el alcance de los acuerdos como resultado de un proceso de mediación penal.

La consagración del principio de humanidad de las penas y las exigencias que derivan del mismo, suponen un gran avance en la historia de la concepción de la mismas. El respeto por los derechos del infractor es una realidad relativamente moderna, que ha tenido lugar con la consagración de la cultura de los derechos humanos y constitucionales en el caso de nuestro país. Este avance, si bien necesario y satisfactorio, queda relegado en ciertos aspectos pues los mecanismos previstos para atender a la prevención general y especial no pueden ser catalogados verdaderamente de humanizadores, propiciando que en no pocas ocasiones el delincuente se sienta “víctima” de un sistema injusto⁵⁸.

Una de las limitaciones que se encuentran en la base de la crisis del sistema de justicia penal es la burocratización del mismo, afectando a su falta de eficacia y su deshumanización. Desde la desaparición de la víctima, al el peso excesivo del catalogo de penas privativas de libertad, los postulados de la Justicia restaurativa pretenden emendar estas deficiencias mediante la introducción de principios fundamentados en la fe en el ser humano, a través del diálogo⁵⁹.

El sistema de Justicia restaurativa y su acercamiento de partes, permiten una responsabilización del delincuente en razón de las

⁵⁸ La Justicia restaurativa nace vinculada a diferentes movimientos preocupados por la humanización del sistema penal, uno de ellos es el que ha venido propugnando desde comienzos de los años 70 *alternativas a la prisión*, introduciendo un amplio catalogo de sustitutivos de esta. En similar dirección otra fuente inspiradora fueron los movimientos *a favor de los derechos humanos de las personas privadas de libertad*, cada vez más alejadas de sus entornos, sobre todo a partir de la crisis del modelo reinsertador. RÍOS MARTÍN, Julián Carlos; MARTÍNEZ ENCAMILLA, Margarita; SEGOVIA BERNABÉ, José Luis; GALLEGO DÍAZ, Manuel; CABRERA, Pedro; JIMÉNEZ ARBELO, Montserrat. “Justicia Restaurativa y mediación penal. Análisis de la experiencia.” Investigación del CGPJ, 2005-2008. Págs. 17 y 18.

⁵⁹ SAÉZ, Ramón; “La mediación penal dentro del proceso. Análisis de la situación. Propuestas de regulación y autorregulación. Protocolos de evaluación. Documento ideológico: análisis desde la perspectiva de la política criminal y el derecho a la tutela judicial efectiva”. Grupo de investigación del CGPJ, 2010. Pág. 165.

emociones y las consecuencias que su acción ha tenido para la víctima. Nos encontramos por tanto, con una nueva vía de humanización de las penas que supera el clásico principio facilitando su actualización conforme a la realidad y las necesidades de las partes en el momento actual.

2.3. Principio de culpabilidad

Para legitimar la intervención del Derecho penal, es preciso que pueda atribuirse un injusto a un sujeto, determinando la responsabilidad por el resultado. Este principio se encuentra recogido en el artículo 5 del Código penal al establecer que “no hay pena sin dolo o imprudencia”, siempre que el comportamiento pueda ser atribuido a un sujeto.

Al concepto de culpabilidad se le asigna un triple significado⁶⁰, actuando como fundamento de la pena puesto que la calificación de un comportamiento como típico y antijurídico no va a implicar de manera directa la imposición de la misma, siendo preciso atribuir el comportamiento a una determinada persona. El análisis de la culpabilidad permite determinar si el sujeto al que se le atribuye el daño tiene capacidad de culpabilidad, conocimiento de la antijuricidad y si es posible exigirle otra conducta. La ausencia de cualquiera de estos elementos implicará la imposibilidad de imponer una pena⁶¹. La culpabilidad también sirve como elemento de medición de la pena, cumpliendo una función limitadora de gravedad atendiendo a la valoración global del hecho y a las finalidades preventivas que debe perseguir. Por otro lado, prohíbe la responsabilidad objetiva por el resultado, exigiendo que en el hecho típico y antijurídico concurra alguna de las formas de imputación del resultado, dolo o imprudencia, como presupuesto para atribuir al autor el comportamiento.

⁶⁰ GÓMEZ RIVERO, M. ^a del Carmen, Martínez González M. ^a Isabel, Núñez Castaño Elena; “Nociones fundamentales de derecho penal: parte general”; Madrid: Editorial Tecnos, 2015. Pág. 79 a 81.

⁶¹ MIR PUIG, Santiago; “Derecho Penal parte general, 10^a edición actualizada y revisada”; Barcelona: Editorial Reppertor; 2015; Págs. 134 y 135.

El principio de culpabilidad exige que se pueda catalogar al sujeto del delito como sujeto responsable para poder sancionarle con la pena, de manera que cada cual responde exclusivamente por lo que hace y las consecuencias que su acto provoca, lo que implica dos efectos básicos:

1. Principio de responsabilidad por el hecho, el sujeto es únicamente responsable por las acciones que materializa, no se le puede sancionar en atención a sus características y circunstancias personales.
2. Principio de personalidad de las penas, el sujeto responde de los hechos que él mismo realiza, no pueden atribuírsele conductas ajenas. La responsabilidad penal no es transmisible.

La coordinación de los mecanismos y valores de la Justicia restaurativa con el principio de culpabilidad va entrañar más o menos convenientes en función de si se ha realizado un adecuado análisis de la culpabilidad antes de someterse a los procedimientos conformadores de este tipo de justicia. Sin embargo, considerando la Justicia restaurativa y sus valores como sustentadores del sistema penal y por ende sus mecanismos como un complemento de este, la posibilidad de sometimiento a alguna de estas herramientas restauradoras deberá partir necesariamente de la culpabilidad del autor del daño, y todo ello aunque en determinadas ocasiones este juicio de culpabilidad no se realiza hasta el momento mismo del juicio. Por ello, será necesario arbitrar una serie de filtros antes de que el infractor preste su conformidad de someterse a un procedimiento restaurador, los cuales irán determinados a averiguar si falta alguno de los presupuestos del principio de culpabilidad.

Desde el punto de vista de la culpabilidad como factor de medición de la pena, la comisión de los delitos en el marco de la Justicia restaurativa no va a implicar que estos vayan a llevar aparejada una pena distinta o que por el simple hecho de someterse a los procedimientos restauradores el infractor vaya a obtener reducciones o modificaciones en las penas, es evidente que la

persecución de los objetivos de este tipo de Justicia va a requerir de amplias cautelas para evitar que cualquier infractor pueda decidir someterse a los mismos con fines exclusivos de obtención de beneficios sentenciadores.

En el caso de los delitos graves en los que los mecanismos de Justicia restaurativa operen como complemento de la justicia penal siempre que haya tenido lugar un diálogo entre las partes que haya sido satisfactorio para la víctima e instructivo para el delincuente, la pena se va a poder ver modificada en virtud de las conclusiones obtenidas en dicho diálogo que influirán a la hora de determinar la orientación de la misma. Esta individualización de la pena ya tiene lugar en el ámbito de la responsabilidad penal de menores, en la que las características personales del menor y aquellas que rodean al delito, son tomadas en consideración a la hora de fijar el carácter y fin de las medidas.

3. IMPLANTACIÓN EN NUESTRO ORDENAMIENTO: CARACTERÍSTICAS Y GARANTÍAS DEL POTENCIAL MODELO DE JUSTICIA RESTAURATIVA.

3.1. La mediación penal como complemento de la justicia ordinaria: características fundamentales del modelo.

La mediación penal es el arma fundamental en manos del Estado, en el marco de la Justicia restaurativa y como medio de poner en práctica la misma. No en vano, es considerada como tal en las distintas directivas de la Unión Europea que hacen alusión a la misma y en la LEstVict, cuando hace mención de esta en su artículo 15.

Numerosos países de nuestro entorno tales como: Austria, Alemania, Bélgica, Suiza... ya han puesto en marcha modelos de mediación penal que suponen un complemento para la justicia ordinaria. Es precisamente de estos modelos, de donde podemos establecer unas características

comunes de las que parte todo sistema mediador, con independencia de las peculiaridades derivadas de cada ordenamiento jurídico.

Vamos a seguir el modelo marcado por Ignacio Flores Prada⁶², puesto que sigue la estructura manifestada por el CGPJ en su “Guía práctica para la mediación intrajudicial”, en el que se hace una mención específica a la mediación penal en el marco de la Justicia restaurativa, así como tiene en cuenta, a la hora de su exposición, los Estados ya mencionados que vienen implantando la mediación penal en sus sistemas jurídicos.

Podemos concretar estos principios básicos en seis:

1. Voluntariedad de las partes

Esta exigencia es señalada de manera tácita en la LEstVict en su artículo 15, pues establece la necesidad de expresar el consentimiento de las partes una vez hayan sido informadas. El fin del proceso mediador provoca la necesidad de que los afectados sean conscientes de a qué van a enfrentarse, y la mejor predisposición para lograr la resolución del conflicto y la satisfacción de ambos. Ello, sin embargo, no es contrario a la posibilidad de que cualquiera de las partes pueda desistir del proceso mediador en cualquier momento de este. Tampoco contravendría esta disposición, el hecho de que los operadores jurídicos, como el ministerio fiscal, informen de la existencia de esta vía, su desarrollo y los efectos beneficiosos que proporciona.

2. Gratuidad

La eficacia del sistema de mediación penal, ha de tener como presupuesto básico la gratuidad del mismo, pues de lo contrario, las

⁶² FLORES PRADO, Ignacio. “Algunas reflexiones sobre la justicia restaurativa en el sistema español de derecho penal”, Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje, núm. 2, 2015, pp. 29 y 30.

partes no podrían tomar una decisión completamente libre a la hora de someterse o no al procedimiento. Además, no genera las costas que si se originan en un procedimiento judicial. La figura del mediador debe tener carácter independiente, como garantía de su validez, pero también ha de cumplir ciertos requisitos fijados por normas de derecho público. Su salario correrá en todo caso de las arcas públicas.

3. Confidencialidad

Presupuesto también recogido en la LEstVict en el apartado segundo del artículo 15; ninguna de las sesiones de mediación o conversaciones que hayan tenido lugar entre las partes, pueden ser objeto de conocimiento público, pues ello atentaría con el derecho a la tutela judicial efectiva de la persona afectada, y correlativamente al derecho de defensa del infractor, en el caso del fracaso de la mediación.

4. Autonomía e imparcialidad del mediador

El mediador no solo debe ser un profesional en el desempeño de esta función, sino que debe ser un tercero independiente de las partes, garantía que le permitirá asesorar desde fuera, sin haber realizado un juicio previo de los hechos y las circunstancias de las partes. Esto implica que ningún miembro adscrito al sistema de justicia pueda conformarse como mediador, posición que también contribuirá a mantener la confidencialidad del proceso de mediación⁶³.

5. Legalidad

Partiendo de la Justicia restaurativa como un complemento de la justicia penal, será necesario que una ley establezca de manera clara y precisa:

⁶³ Según la “Guía para la mediación intrajudicial” llevada a cabo por el CGPJ, sería necesario nombrar un letrado de la administración de justicia o un gestor, con formación específica en mediación, con el fin de que sea este quien elabore un panel de mediadores y controle la asignación a los casos de los mismos. Llevada a cabo esta selección el contacto se llevará a cabo de manera directa entre el tribunal y el mediador, para de este modo informar a este último de las causas de la derivación así como de los antecedentes y la conflictividad percibida.

los presupuestos, requisitos, procedimientos, garantías y elementos que conforman la mediación penal, fijando de manera clara su encaje con la ley material, así como los distintos momentos procesales en los que puede tener lugar. La complejidad del asunto provocará inevitablemente la necesidad de un desarrollo reglamentario que garantice la eficacia de los mandatos legales.

6. Eficacia procesal del acuerdo

Es de vital importancia que la ley recoja cual puede ser el contenido y alcance del acuerdo, sus efectos, garantías para su cumplimiento y las consecuencias derivadas de su incumplimiento. Como norma general la mediación se admitirá en los delitos de escasa entidad, por lo que el alcance de un acuerdo entre las partes puede ser la única consecuencia legal a la que tenga que hacer frente el infractor. En los delitos graves el ejercicio de la mediación y el resultado positivo de esta, puede servir para modular la pena o modificar en algún sentido la resolución judicial.

Expuestos los principios que deben conformar la mediación penal, se hace necesario fijar un esquema básico de funcionamiento de la misma, en el que se establezcan aspectos relativos a su desarrollo práctico. De los modelos comparados podemos extraer también unos criterios básicos de funcionamiento.

Ámbito de aplicación:

La mediación penal debe estar limitada a aquellos supuestos en los que el diálogo vaya a tener efectos positivos para las partes, haciéndose necesario determinar en qué supuestos esta es aplicable y en cuáles no⁶⁴.

⁶⁴ FLORES PRADA, Ignacio. “Algunas reflexiones sobre la justicia restaurativa en el sistema español de derecho penal”, Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje, núm. 2, 2015, pp. 31 a 33.

Para determinar este ámbito se manejan varios criterios:

- Criterio material, que puede combinar la gravedad y el tipo de delito, pudiendo excluirse delitos en función de la duración de la pena o del bien jurídico protegido. En razón de la consumación, excluyendo los delitos de peligro o por el número de perjudicados, en aquellos delitos que afecten a una colectividad.
- Criterio circunstancial, en función del ámbito de aplicación del primer criterio podría tener lugar alguna exclusión más en función de las circunstancias concretas de la acción delictiva.

A) Iniciativa

Es necesario determinar quién puede promover el ejercicio de la mediación penal, que si bien siempre va a tener carácter voluntario, puede venir tanto de las autoridades judiciales, como de las propias partes enfrentadas. Siendo la primera una incoación promovida de oficio, y la segunda a instancia de parte⁶⁵.

B) Remisión a la mediación

La decisión de someterse a la mediación se verterá en un acuerdo en el que ambas partes muestren su conformidad. Este acuerdo tiene carácter de solicitud, una vez incoado el proceso penal, de derivación a la mediación penal. De tal manera que tendrán lugar dos trámites, el de solicitud de derivación a la mediación, y el de aprobación o denegación de dicha solicitud. Se aprobará o denegará la misma en función de si se cumplen los requisitos objetivos y si ha sido solicitada por las partes legitimadas para ello.

⁶⁵ A pesar de que, como hemos enunciado al comienzo del epígrafe, el trabajo de Flores Prada se estructura según lo manifestado por la “Guía práctica para la mediación intrajudicial” elaborada por el CGPJ, esta Guía añade además el requisito de la “oficialidad”, al que el autor aludido no hace mención expresa. En concreto viene a establecer el CGPJ, la necesidad de que sea el órgano jurisdiccional el que, previa instancia del Ministerio Fiscal, la acusación o el abogado defensor, derive el caso al Servicio de mediación penal.

Este acuerdo debe contener el objeto, las partes, la motivación y la designación del mediador, o la petición de iniciación de los trámites para la designación de uno. También debe incluir los documentos informativos necesarios para que el mediador comience su labor.

La competencia para adoptar esta decisión corresponderá al fiscal o el juez, en función del momento procesal en el que nos encontremos.

C) Tramitación del procedimiento

Como todo proceso estará compuesto de una serie de fases⁶⁶:

La primera fase alude al contacto inicial del mediador con las partes por separado, esta fase tiene carácter informativo acerca de los fundamentos y el desarrollo del procedimiento, un primer acercamiento a la postura de la parte y la visión que tiene del conflicto y de la otra parte.

La segunda fase se desarrolla mediante entrevistas privadas del mediador con cada parte, de manera que estas le faciliten la información necesaria sobre sí mismas y las circunstancias que rodean al delito. El mediador obtendrá información útil de cara a fijar el cauce más adecuado para llevar a cabo la mediación, así como explicará a cada parte la utilidad de esas conversaciones, que deben servir para la realización de un análisis retrospectivo sobre sus sentimientos hacia el delito y sus deseos para la superación de este.

La tercera fase consiste en el acercamiento de las partes para lograr un diálogo a cerca de la mejor manera de solucionar el conflicto. La manera en que este encuentro tendrá lugar, así como el número de ellos, el contenido de los mismos y los procedimientos de acercamiento variarán en función de las circunstancias objetivas y personales de cada parte, realizando el mediador una función de aproximación entre ellas.

⁶⁶ DOMINGO DE LA FUENTE, Virginia. “Contexto teórico-práctico de la justicia restaurativa en Europa con especial atención a España”; ponencia impartida en el congreso internacional: “Ciencia penal y justicia penal restaurativa”; 2011, Guayaquil (Ecuador). Págs. 76, 77 y 78.

El cuarto y último trámite del proceso será la adopción de un acuerdo satisfactorio para la víctima, el cual dependiendo de las circunstancias del caso concreto podrá versar sobre alguno de los siguientes extremos:

- Extinción, aplazamiento o minoración de la reparación en materia de responsabilidad civil.
- Extensión, suspensión condicional o acuerdo de conformidad en materia de responsabilidad penal.
- Suspensión de la pena, sustitución, reducción o mejora de las condiciones de cumplimiento en materia de ejecución de la pena.

3.2. Vías que permiten utilizar la mediación en el sistema español vigente de justicia penal.

Como ya hemos puesto de manifiesto en varios epígrafes a lo largo de este trabajo, el ordenamiento jurídico penal español no arbitra un sistema de Justicia restauradora, ni de mediación penal en el marco de esta. A pesar de ello, proliferan acuerdos extraprocesales, previos o paralelos al proceso en cuestión, que se traducen en actos procesales de extinción de la acción, limitación de la responsabilidad o modificación de la pena.

a) Presupuestos

La existencia de un listado cerrado de delitos que pueden acceder a la mediación penal, puede contribuir de manera negativa, generando estereotipos que frenen a las partes y a los operadores jurídicos, impidiendo una actitud abierta hacia la mediación penal⁶⁷.

No hemos de descartar la mediación penal en los delitos leves; en muchos casos bajo las denuncias subyacen relaciones familiares o personales, cuya satisfacción por la vía judicial no es del todo plena,

⁶⁷ CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, “Guía para la práctica de la mediación intrajudicial”, Gabinete técnico: Mediación: 2016.

generando un entramado de denuncias y recursos que provoca numerosos juicios pendientes hacia las mismas personas.

En relación a los delitos más graves, la aplicación de los instrumentos de Justicia restaurativa podría no parecer adecuada a priori, si nos centramos únicamente en una visión excesivamente protectora de la víctima, pero la necesidad de que esta subsane los daños producidos tras el delito nos lleva a concluir que no cabe duda de que debe dejarse decidir a la víctima si desea someterse a este proceso.

Los delitos sin víctima, tales como los delitos contra bienes colectivos, no son aptos para la mediación, pero sí va a poder acudir a otros instrumentos de Justicia restaurativa tales como servicios comunitarios orientados a subsanar el mal creado por el delito, que permitan la reconciliación sociedad – delincuente.

En materia de garantías y derechos, es evidente que cualquier método alternativo de resolución de conflictos habrá de respetar los vigentes en el proceso ordinario. La mediación exige especial atención en los derechos de defensa y presunción de inocencia.

La mediación penal concibe a las partes enfrentadas como los protagonistas del proceso, y por ende los que han de participar de manera exclusiva en él, con la sola excepción del mediador que es una figura externa que dota de visión objetiva al conflicto. No obstante, es evidente que los procedimientos de mediación, así como los términos del acuerdo, versarán sobre términos jurídicos, por lo que es necesario que la mediación penal se compatibilice adecuadamente con la debida asistencia letrada, extendiéndose el derecho de defensa al conocimiento exhaustivo de la mediación y sus consecuencias.

Si la mediación finaliza sin un acuerdo satisfactorio, el derecho a la presunción de inocencia del infractor puede verse gravemente afectado. Por un lado, porque la voluntad de someterse a este proceso puede

considerarse como un indicio de culpabilidad, por otro, a lo largo del proceso de mediación pueden reconocerse hechos, datos o conductas que podrían ser luego filtradas al juez, poniendo en entre dicho su imparcialidad.

Se debe garantizar una concepción amplia de la mediación, que va más allá de la mera culpabilidad del autor, teniendo en cuenta que otros factores pueden determinar su voluntad de someterse a este proceso, y no nos referimos a los beneficios sentenciadores o legales que pueda obtener como consecuencia de este, sino a una responsabilización personal así como a su interés en la comprensión de la víctima manifestada en una intención de acercamiento y diálogo. En segundo lugar, será absolutamente necesario, garantizar la confidencialidad en el curso del proceso de mediación, especialmente respecto de los operadores jurídicos que podrían intervenir de manera posterior en un procedimiento convencional.

b) La mediación antes de la incoación del proceso.

La mediación en este momento preprocesal puede provocar efectos en el posterior proceso:

En el plano civil, nada impide que las partes lleguen a un acuerdo por el que la víctima renuncie a la acción civil, o bien, se establezca un acuerdo para la satisfacción de la responsabilidad en una determinada cuantía, plazo y condiciones de cumplimiento.

En el ámbito penal, la mediación antes del proceso solo podrá tener efectos de renuncia a la acción penal en los delitos semipúblicos, en los que su persecución depende únicamente de la voluntad del ofendido o perjudicado.

c) La mediación en el curso del proceso penal: fase de instrucción.

La disponibilidad de los derechos de restitución e indemnización se mantiene a lo largo de todo el proceso, por lo que la mediación paralela a este, puede traer consecuencias de renuncia a la acción civil por parte de la víctima en cualquier momento y el consiguiente levantamiento de las medidas cautelares previstas a tal fin.

En lo referente a la acción penal, nos vamos a encontrar con tres tipos de efectos, los relativos a la renuncia de la acción penal y la extinción del proceso en los delitos semipúblicos; el reconocimiento de los hechos por parte del infractor que, si el delito no lleva aparejada una pena de prisión superior a tres años, se producirá la conversión del procedimiento abreviado en diligencias urgentes de juicio rápido, con la posibilidad de lograr la conformidad premiada, que implica la rebaja de un tercio de la pena impuesta (Art. 780 LECrim); en los delitos en que el perdón del perjudicado no extingue la acción penal por parte del ministerio público, se podrá obtener la rebaja o suavización de las medidas cautelares personales si se estima que la víctima no corre peligro ni el infractor está en riesgo de fuga.

d) La mediación en el proceso penal: fase de juicio

En el caso de los delitos semipúblicos, la mediación penal con buen término concluirá con la extinción del proceso si el agresor manifiesta su arrepentimiento.

Si se trata de otros delitos, solo producirá efectos la conformidad formalizada antes del inicio de las sesiones del juicio oral, en los términos acordados inicialmente, víctima y acusado, y posteriormente, la acusación y el acusado.

En relación con la afección de la pena a imponer por el tribunal debemos diferenciar tres supuestos:

1. La reparación del daño causado por el delito está regulado como atenuante genérica en el artículo 21.5 del Código Penal. Si del acuerdo entre víctima e infractor resulta la reparación del daño, la atenuante puede funcionar como atenuante ordinaria si no concurre agravante, en cuyo caso la pena no sobrepasará la mitad inferior de la duración prevista para el delito (art. 66.2 CP); bien como atenuante muy cualificada, si la reparación es especialmente relevante pudiendo llegar a rebajarse la pena en uno o dos grados.
 2. La reparación del daño causada por el delito, acreditada en el proceso mediante una mediación extraprocesal, favorece la suspensión de la pena siempre que se cumplan además, otros requisitos objetivos. (art. 83.5 CP)
 3. Si se acredita la reparación del daño, el tribunal sentenciador podrá acordar la sustitución de la pena privativa de libertad por penas de arresto o multa conforme a lo dispuesto en el artículo 88 CP.
- e) La mediación en el proceso penal: fase de ejecución penal.

El alcance de un acuerdo entre las dos partes en conflicto, durante la fase de ejecución penal puede tener hasta tres efectos:

1. Progresión del grado penitenciario

En virtud del art. 72 LOPG las penas privativas de libertad se ejecutarán según el sistema de individualización científica separado en grados⁶⁸. Como consecuencia de ello la clasificación en cualquiera de esos grados va a determinar el destino del interno a los Establecimientos correspondientes y la aplicación de su propio régimen penitenciario, teniendo en cuenta que el primer grado supone régimen cerrado, el segundo régimen

⁶⁸ CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta; “Derecho penitenciario: 3ª Edición”; Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch, 2012. Págs. 183 y 184.

ordinario, el tercero régimen abierto y el cuarto alude a la libertad condicional.

Cada seis meses como máximo se ha de revisar la clasificación para progresar, mantener o regresar de grado, salvo para la modalidad de primer grado que es cada tres. Un acuerdo entre las partes podría dar lugar al avance del infractor hacia un grado más beneficioso.

2. Concesión del tercer grado penitenciario

Se trata de un modelo regimental caracterizado por el establecimiento de un marco abstracto de medidas de control y seguridad reducidas y atenuadas, asignado a aquellos penados que se encuentran en condiciones de incorporarse a un estado de similibertad⁶⁹. El Reglamento Penitenciario establece que los establecimientos de régimen abierto pueden ser: centro abiertos o de inserción social, secciones abiertas o unidades dependientes. El Reglamento parte, por tanto, de una situación en la que al penado se le reconocen capacidades de inserción, fomentando su autorresponsabilidad y su normalización social e integración⁷⁰.

3. Concesión de la libertad condicional del condenado

Según el artículo 90 del Código Penal, el juez de vigilancia penitenciaria podrá conceder la suspensión del resto de la pena. Para ello, el condenado debe estar clasificado en tercer grado, haber extinguido las tres cuartas partes de la condena impuesta así como haber observado buena conducta. El juez valorará la

⁶⁹ FERNÁNDEZ ARÉVALO, Luis; NISTAL BURÓN, Javier. “Derecho Penitenciario”. Navarra: Editorial Aranzadi, SA; Pág. 583.

⁷⁰ FERNÁNDEZ ARÉVALO, Luis; NISTAL BURÓN, Javier. “Derecho Penitenciario”. Navarra: Editorial Aranzadi, SA; Págs. 584, 585 y 586.

personalidad del condenado, sus antecedentes, las circunstancias en la comisión del delito, así como las personales y familiares...

3.3. Necesidad de configurar la mediación penal en el marco de la Justicia restaurativa.

En primer lugar, hemos de partir de la amplitud y complejidad del concepto de Justicia restaurativa, pues abarca, desde valores ético-filosóficos, hasta instrumentos y herramientas aplicables como respuesta al daño creado por el delito⁷¹. La Justicia restaurativa se concebirá de un modo u otro en función de las características propias del ordenamiento en el que se desarrolle, así como las relativas al caso en concreto, que cómo tal presentará sus peculiaridades.

Las Naciones Unidas definen de manera amplia la Justicia restaurativa como: “la respuesta evolucionada al crimen que respeta la dignidad de cada persona, construye comprensión y promueve armonía social a través de la sanación de las víctimas, infractores y la comunidad”.

Esta definición resulta útil a efectos de considerar la Justicia restaurativa más allá de los instrumentos que la conforman, aludiendo a todas las partes implicadas en la misma. Se trata de un concepto de carácter filosófico que permite concebir este tipo de justicia como un nuevo paradigma de justicia penal, en la medida que pretende la humanización de la misma. Esto se logrará mediante la atención del sistema en las circunstancias de las partes y las necesidades de la víctima, logrando una solución reparadora de la misma, y mediante la imposición al infractor de un castigo constructivo que evite la reincidencia. Una forma concreta de atender a estos fines son los encuentros entre la

⁷¹ DOMINGO DE LA FUENTE, Virginia. “Análisis de la mediación y la justicia restaurativa como el derecho de las víctimas”. Revista de derecho penal, (Lex Nova).

víctima, el infractor y/o la comunidad. En la mayoría de países de nuestro entorno, la Justicia restaurativa se canaliza mediante la mediación penal. Sin embargo, las nociones filosóficas, de conjunto de valores y como herramienta, van entrelazadas a la hora de buscar la mejor reparación posible, la respuesta del sistema que mejor atienda a las necesidades de las partes más allá de la mediación penal, pues existen otras herramientas que pueden resultar más útiles en función del supuesto en el que nos encontremos, como pueden ser las conferencias restaurativas, los círculos de paz, los servicios de asistencia a las víctimas, los programas para la reparación del daño... y que pueden resultar especialmente importantes en los delitos en los que no exista autor conocido, pero si un deseo de la víctima de ser reparada o en aquellos delitos que no haya una víctima específica, sino que esta sea la sociedad en conjunto. Por ello, la Justicia restaurativa descansa sobre una amplia base filosófica nutrida de una serie de valores que determinan su contenido, ejecutados mediante un conjunto de instrumentos que los dotan de realidad práctica.

Conformar la mediación penal como la única manifestación de la Justicia restaurativa supone limitar también su eficacia real a los encuentros entre víctima e infractor, los cuales, no van a ser posibles en todos los supuestos, por el tipo de delito o la ausencia de alguna de las partes.

La categoría de víctima se adquiere con independencia del delito, por ello, toda víctima debe tener derecho a lograr su integra reparación mediante un proceso de Justicia restaurativa si así lo desea. Así, negarle al infractor la posibilidad de reconocer los hechos es limitar su responsabilización y reinserción. Deben buscarse diferentes procesos restaurativos adaptados a cada circunstancia, que si bien no se configurarían como el encuentro entre el infractor y la víctima, si propiciarán la adecuada reparación de la víctima, ayudando a que se sienta valorada y

escuchada; y la concienciación del infractor a cerca de las consecuencias derivadas del daño causado, incidiendo de manera notoria en su reinserción.

Otra de las consecuencias derivadas de la reducción de la Justicia restaurativa a la mediación penal, es la consideración de que esta solo va a ser aplicable a delitos leves. Debemos tener en cuenta que en la mediación penal no hay dos partes debatiendo a cerca del alcance de un acuerdo, sino que lo fundamental va a ser el diálogo en sí mismo, pues este será el que ayude a la víctima a reparar el trauma derivado del delito. Podemos extraer la conclusión, por tanto, de que las víctimas de delitos más graves son las que más ayuda habrá de precisar para afrontar el daño, pudiendo ser los procesos restaurativos los más adecuados a tal fin, constituidos como un complemento del sistema penal. Si la víctima quiere participar en un proceso de estas características, no debemos excluirla en base a que su estatus como víctima es derivado de un delito de naturaleza grave, pues supondría atentar contra el principio de igualdad. Nadie mejor que la propia víctima para determinar si desea o no someterse a un proceso restaurativo en función de sus propias necesidades y emociones, de lo contrario el legislador estaría adoptando una postura sumamente paternalista⁷², que en nada favorecería la consecución de los objetivos restauradores y que supondría la vuelta al modelo de expropiación del delito.

Si partimos de este cambio de perspectiva en el sistema penal, el objetivo de la mediación, así como de ningún otro método restaurativo, tendrá como finalidad la agilización de los juzgados y tribunales, aunque si puede ser una consecuencia directa de los mismos con algunas matizaciones. Puede ocurrir que la

⁷² SUBIJANA ZUNZUNEGUI, Ignacio José; “Las víctimas especialmente vulnerables (en especial en los delitos sexuales y de violencia de género)”;

Curso online: Estatuto de la Víctima, Tema 5; Escuela del Consejo General del Poder Judicial, 2016. Págs. 29 y 30.

reintegración completa de la víctima requiera que se alargue el proceso restaurativo, exigencia que habrá de respetarse en todo caso aunque el proceso penal no se agilice sino todo lo contrario.

En España, las iniciativas relativas a la Justicia restaurativa y la mediación penal, en ausencia de otro instrumento legislativo que las aborde, parte del artículo 21.5 del Código Penal referente a la atenuante de reparación del daño. Este artículo puede llevar a confusión en lo que a los fines del proceso mediador se persiguen. En el ámbito jurídico-penal estricto, la mediación tiene como objetivo apaciguar las relaciones sociales mediante el pago de una parte a la otra, mientras que el proceso de mediación concebido en el marco de la Justicia restaurativa pone el acento en la comunicación entre las partes involucradas, con una perspectiva más trascendental de este proceso, con el fin de atender a las necesidades de las víctimas, reintegrar al infractor en la sociedad, y conseguir de este modo una convivencia más pacífica.

Este concepto transformador de la reparación, comprende tanto la material como la emocional, pues en múltiples ocasiones, para lograr la superación del trauma generado por el delito, va a ser necesario obtener respuestas por parte del infractor y tener la garantía de que el daño sufrido no se ejercerá contra otros seres humanos, que nadie pasará por lo que ha pasado ella.

La actividad reparadora no va a ser impuesta por el juez, sino que parte de la propia voluntad del infractor de responsabilizarse de sus actos y reparar las consecuencias derivadas de los mismos, como un acto normal, no como una obligación. Con la asunción de esta actividad reparadora, este se va a poder reconciliar con la víctima, consigo mismo, las personas de su entorno y la comunidad en su conjunto.

El Derecho Penal, como decíamos al comienzo de este trabajo, tiene como objeto la protección de los bienes jurídicos, la prevención y la reafirmación de las normas. De esta manera, la pena no puede servir únicamente para infligir un castigo, sino también para resocializar al infractor. Desde el punto de vista general-positivo debe servir para restablecer la norma que ha sido quebrada, pero con frecuencia produce el efecto negativo de que el infractor no asume su responsabilidad, al sentirse víctima de un sistema injusto. Por ello la pena debería cumplir una función retributiva y preventiva, pero también reparadora.

Es necesario que la mediación, así como el resto de técnicas restauradoras, encuentren su finalidad y sentido en la Justicia restaurativa, pues de lo contrario corren el riesgo de instrumentalizarse en exceso y convertirse en un procedimiento más en el plano procesal y burocrático⁷³. Esto va a implicar la necesaria adaptación de la misma a los cambios, pero también de todos aquellos operadores jurídicos que intervengan, en el que la flexibilidad, las circunstancias del caso, y en especial las de la víctima, partiendo de los presupuestos filosóficos restauradores, sean las constantes del trabajo diario.

4. CONCLUSIÓN Y CRÍTICA.

La finalidad principal de este trabajo ha sido hacer constar la existencia de una tercera vía penal, que a pesar de ser aún algo desconocida, se está abriendo camino como propuesta innovadora que ataja ciertas de las carencias evidenciadas como consecuencia de la concepción tradicional del sistema.

⁷³ RÍOS MARTÍN, Julián Carlos; “Justicia Restaurativa y mediación penal. Una apuesta por el diálogo y la disminución de la violencia.” Investigación del CGPJ, P. 4.

Muchas de estas carencias son consecuencia del olvido al que han ido siendo retiradas las víctimas con motivo de las vicisitudes del proceso y sus valiosas aunque rígidas garantías. También en relación al delincuente, su posición en el proceso, el lugar en el que queda tras la comisión del delito y el cumplimiento de la pena, dista muchas de las veces de las finalidades resocializadoras y educativas intrínsecas al sistema penal.

No obstante, para elaborar una idea a modo conclusivo, debemos poner nuestro foco de atención en la víctima, pues como hemos visto, el objetivo de la Justicia restaurativa es devolverle su protagonismo en el proceso, para de esta forma, atender mejor a sus necesidades y subsanar los daños derivados del delito.

Parece lógico, por tanto, que sus principios inspiradores, medios, objetivos e instrumentos estén orientados directamente a ese fin, cuestión distinta es que para lograrlo sea necesario en múltiples ocasiones, el acercamiento al infractor, la responsabilización del mismo, y en consecuencia, una reconciliación social producida por ambas partes.

Este análisis de la Justicia restaurativa, y de la víctima como principal sujeto de la misma, nos lleva a valorarla en relación al ordenamiento jurídico español, y más concretamente, en su ámbito penal. No podemos negar que es un tema incipiente en nuestro sistema, no solo por que la única norma que hace alusión al mismo es relativamente reciente, sino también porque no realiza un desarrollo exhaustivo, constituyendo únicamente una primera manifestación que sin embargo, puede ser precursora de toda una legislación posterior específica en la materia. Esto sería desde luego lo más deseable, una vez hemos advertido la insuficiencia de la concepción sistemática y legal tradicional.

Sin embargo, no podemos dejar de catalogar este Estatuto, como insuficiente en términos protectores y restauradores, así como conviene plantearnos la necesidad de su existencia en relación a una posible modificación de la LECrim, sin necesidad de llegar a la creación de una nueva norma.

Conviene analizar la cuestión de la eficacia y necesidad de esta Ley, abordándolo desde dos puntos de vista⁷⁴. Como sabemos, y a diferencia de lo que ocurre en múltiples ordenamientos europeos, en España, la víctima va a poder ser parte en el proceso penal, conformándose como parte acusadora junto al Ministerio Fiscal. De esta manera, esta decisión de constituirse como parte, no va a influir a la hora de determinar su categoría de víctima y por ende titular de los derechos otorgados por el Estatuto y otras normas nacionales. Por todo ello es conveniente analizar en qué medida afectan las disposiciones del Estatuto a las víctimas cuando son y no son partes procesales.

Si nos hallamos ante el supuesto en el que la víctima, decide no ser parte en el proceso, tendremos que centrarnos en los derechos previos a este, que en tal sentido serán derechos preprocesales, los cuales habrían tenido cabida en una regulación procesal penal, como es la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Su inmediata protección, asistencia médica y apoyo psicológico, son fundamentales a la hora de evitar, en la medida de lo posible, los efectos dañinos del delito, aspectos mejorables en la LECRIM, lo que hubiera sido un punto de partida para el tratamiento de los derechos de las víctimas de delitos, sin la necesidad de la creación de una ley propia, pues en definitiva se trata de protegerla, apoyarla e informarla, aspectos perfectamente encauzables

⁷⁴ GÓMEZ COLOMER, Juan Luis; “Estatuto Jurídico de la Víctima del Delito: La posición jurídica de la víctima del delito ante la Justicia Penal. Un análisis basado en el Derecho Comparado y en la Ley 04/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito en España.” Navarra: Editorial Aranzadi, SA. 2015. Págs. 408 a 412.

mediante la modificación de la LECRIM, regulando una fase preprocesal en la que se determinarán los derechos de las víctimas en ese momento, antes de la detención del sospechoso.

En cuanto a los derechos relativos a la víctima que decide ser parte en el proceso penal, habremos de estar por tanto, a lo dispuesto en dos textos legales, campo de cultivo de colisiones normativas, contradicciones legales y dudas interpretativas. Se trata de una duplicación normativa incongruente, prueba de ello, es la propia reforma de la LECRIM que la LEstVict ha propiciado con la finalidad de introducir algunos de sus derechos; técnica más que loable para dar cabida a la Directiva 2012/29.

Otro aspecto a tener en cuenta en este cuerpo legal es en relación a la reforma efectuada por la LO 1/2015 en el Código Penal, para suprimir las faltas o convertirlas en delitos leves. Si bien esta modificación responde también a la desaparición de las mismas en el plano del derecho comparado, se da la circunstancia de que en aquellos ordenamientos en los que el hecho punible se recoja también mediante faltas, las víctimas de las mismas no encontrarán protección a través de la LEstVict.

Si bien, lo que más llama la atención desde el punto de vista de la consecución de los objetivos de la Justicia Restaurativa, es la previsión de coste cero en la aplicación de la norma, aspecto que incide directamente en los medios que pueden otorgarse a las víctimas tras el daño sufrido.

La creación de Oficinas de Asistencia a la Víctima que se especialicen en función de la persona que ha sufrido el daño, es condición indispensable para lograr la efectiva reparación de esta, así como la dotación de personal especializado y la formación de todo el funcionariado público en sensibilidad y solidaridad, aspectos que redundarán de manera más que positiva en la atención a las víctimas. También es importante una dotación de fondos públicos para lograr la reparación integral de la persona, si

sabe que podrá obtener una restitución económica por parte del Estado cuando el condenado carezca de medios para la misma.

Todos estos aspectos no van a ser encauzables mediante las previsiones legales de la LEstVict dada la previsión de coste cero en su aplicación.

La ampliación de la Justicia restaurativa mediante instituciones como la mediación penal debe acogerse positivamente con matices, siempre que no se convierta en una instrumentalización privada de la Justicia.

Por tanto observamos, que si bien la ley sirve para mejorar la posición de las víctimas, otorgándoles un estatus real integrado ahora en nuestro ordenamiento, la creación de la ley parece acometer más a razones políticas que de verdadera preocupación por el estado de las mismas en nuestro sistema. Esto es así, no solo por que hubiese sido más sencillo, comprensible y viable la introducción de modificaciones en la LECrim, sino porque la previsión de coste cero de ley afecta notoriamente a la mayoría de las previsiones protectoras y reintegradoras de las víctimas.

El problema de la ausencia de la dotación de medios personales y materiales radica en que hasta la cuestión más trivial de acercamiento y atención a la víctima puede quedar en un mero trámite legal de no mediar las condiciones propicias, esto no parecía ser la intención inicial del legislador con el desarrollo de la misma, pero sí podría ser una de sus consecuencias.

Por otro lado, si ponemos en contraste la LEstVict con el conjunto de los valores integradores de la Justicia restaurativa nos daremos cuenta fácilmente de que no estamos ante el complemento legislativo perfecto para satisfacer toda su filosofía y objetivos. Sin embargo, no podemos negar que es un

presupuesto normativo básico para el desarrollo posterior que continúe de manera lógica con la tendencia europea de reforzamiento y protección en la atención a las víctimas.

El desarrollo de la Justicia restaurativa mediante mecanismos legales que permitan la consecución de sus fines, dependerá en gran medida de cada sistema, no existiendo una única respuesta a cómo debe llevarse a cabo. Sin embargo, no se debe olvidar que la Justicia restaurativa va mucho más allá de la mediación penal, como hemos evidenciado en el epígrafe anterior, y que la única manera de que no termine siendo un trámite legal o procedimental, va a ser enmarcándolo dentro de esta. Por ello, nuestro sistema de Justicia deberá acoger otras medidas, para permitir la consecución de los mecanismos restauradores en los casos en los que no encontremos el típico supuesto de víctima/delincuente, a pesar del tenor literal del Estatuto.

Podemos extraer numerosas dificultades que van a impedir el establecimiento de una tercera vía en nuestro sistema, principalmente por los problemas económicos por los que ha pasado nuestro Estado a lo largo de los últimos años, pues en tal sentido, esta Justicia exige una dotación económica efectiva que se consolide en medios directos para las víctimas. Pero también de índole práctica y jurídica; por un lado, no podemos olvidar el acusado desbordamiento que presentan nuestros juzgados y tribunales, lo que se traduce en dilaciones temporales que inciden directamente en el desarrollo de los procedimientos, las citaciones, las declaraciones testimoniales...

Desde este prisma, es complicado abogar por un sistema que podría conducir a incrementar estas dilaciones como resultado de la atención a las necesidades de la víctima, su participación en el proceso o la posible derivación de su caso a un procedimiento de mediación.

Por otro lado, la mediación penal y otros instrumentos de la Justicia restaurativa van a tener que coexistir con el principio de legalidad; la falta de conocimiento de la misma, el negativismo en cuanto a la ausencia de medios que la desarrollen, la desconfianza entre los usuarios e incluso los operadores jurídicos, por el miedo a que se llegue a una excesiva suavización de la justicia penal o se termine en la privatización de esta⁷⁵, pueden provocar una muy difícil aplicación.

A pesar de ello, creemos que merece la pena enfrentar y tratar de superar el conjunto de dificultades, sean del tipo que sean, pues el establecimiento de la Justicia restaurativa en nuestro sistema penal, supondría un claro paso adelante en la evolución del Derecho Penal y de toda nuestra sociedad. A lo largo de los siglos hemos ido construyendo sistemas más garantes, cada vez más proporcionados y justos, pero es hora de dar cabida a las nuevas necesidades que se plantean en nuestro entorno, tratando de humanizar el entramado jurídico que para muchos resulta frío, distante y desconocido. La Justicia restaurativa supone el acercamiento de los tribunales a la gente, dándoles cabida en el proceso. Es evidente, como ya hemos manifestado las múltiples dificultades que su implantación puede ocasionar, pero concluimos esta exposición afirmando que es el paso siguiente en la evolución del sistema de derecho penal dentro del marco del ordenamiento jurídico español.

⁷⁵ SAÉZ, Ramón; “La mediación penal dentro del proceso. Análisis de la situación. Propuestas de regulación y autorregulación. Protocolos de evaluación. Documento ideológico: análisis desde la perspectiva de la política criminal y el derecho a la tutela judicial efectiva”. Grupo de investigación del CGPJ, 2010.

5. BIBLIOGRAFÍA

AYO FERNÁNDEZ, Manuel; “Las penas, medidas de seguridad y consecuencias accesorias: Manual de determinación de las penas y las demás consecuencias jurídico-penales del delito. Pamplona: Editorial Aranzadi, SA, 1997.

CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta; “Derecho penitenciario: 3ª Edición”; Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch, 2012.

DOMINGO DE LA FUENTE, Virginia. “Análisis de la mediación y la justicia restaurativa como el derecho de las víctimas”. Revista de derecho penal, (Lex Nova).

DOMINGO DE LA FUENTE, Virginia. “Contexto teórico-práctico de la justicia restaurativa en Europa con especial atención a España”; ponencia impartida en el congreso internacional: “Ciencia penal y justicia penal restaurativa”; 2011, Guayaquil (Ecuador).

FERNÁNDEZ ARÉVALO, Luis; NISTAL BURÓN, Javier. “Derecho Penitenciario”. Navarra: Editorial Aranzadi, SA, 2016.

FIODOROVA, Anna; “La protección de la víctima”; Curso online: Estatuto de la Víctima, Tema 2; Escuela del Consejo General del Poder Judicial, 2016.

FLORES PRADA, Ignacio. “Algunas reflexiones sobre la justicia restaurativa en el sistema español de derecho penal”, Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje, núm. 2.

GÓMEZ COLOMER, Juan Luis; “Estatuto Jurídico de la Víctima del Delito: La posición jurídica de la víctima del delito ante la Justicia Penal. Un análisis basado en el Derecho Comparado y en la Ley 04/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito en España.” Navarra, 2015.

GÓMEZ RIVERO, M. ^a del Carmen, MARTÍNEZ GONZÁLEZ, M. ^a Isabel, NUÑEZ CASTAÑO, Elena; “Nociones fundamentales de derecho penal: parte general”; Madrid, 2015.

LANDECHO VELASCO, Carlos María; MOLINA BLÁZQUEZ, Concepción. Derecho penal español parte general. Madrid, 2015.

MIR PUIG, Santiago; “Derecho Penal parte general, 10ª edición actualizada y revisada”; Barcelona: Editorial Reppertor; 2015.

QUINTERO OLIVARES, G; CARBONELL MATEU, J.C.; MORALES PRATS, F; GARCÍA RIVAS, N; ÁLVAREZ GARCÍA, F.J.; “Esquemas de teoría jurídica del delito y de la pena”, Tomo XIX. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch, 2010.

RÍOS MARTÍN, Julián Carlos; “Justicia Restaurativa y mediación penal. Una apuesta por el diálogo y la disminución de la violencia.” Investigación del CGPJ.

RÍOS MARTÍN, Julián Carlos; MARTÍNEZ ENCAMILLA, Margarita; SEGOVIA BERNABÉ, José Luis; GALLEGU DÍAZ, Manuel; CABRERA, Pedro; JIMÉNEZ ARBELO, Montserrat. “Justicia Restaurativa y mediación penal. Análisis de la experiencia.” Investigación del CGPJ, 2005-2008.

SAÉZ, Ramón; “La mediación penal dentro del proceso. Análisis de la situación. Propuestas de regulación y autorregulación. Protocolos de evaluación. Documento ideológico: análisis desde la perspectiva de la política criminal y el derecho a la tutela judicial efectiva”. Grupo de investigación del CGPJ, 2010.

SANZ MORÁN, José Ángel; “Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho Penal”. Valladolid: Editorial LEX NOVA, S.A., 2003.

SOLÉ RIERA, Jaume; “La tutela de la víctima en el proceso penal”; Barcelona: Editor José María Bosch; 1997.

SUBIJANA ZUNZUNEGUI, Ignacio José; “Las víctimas especialmente vulnerables (en especial en los delitos sexuales y de violencia de género)”;

Curso online: Estatuto de la Víctima, Tema 5; Escuela del Consejo General del Poder Judicial, 2016.

SUBIJANA ZUZUNEGUI, Ignacio José; PORRES GARCÍA, Izaskun; SÁNCHEZ RECIO, Marta; “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”;

Revista de Victimología, núm. 2, 2015.

TAMARIT SUMALLA, Josep. Estatuto de la Víctima, Tema 1: Concepto y necesidades de la víctima, Curso online, Consejo General del Poder Judicial, 2016.

6. ANEXOS

Ventajas de la mediación frente al proceso judicial⁷⁶:

MEDIACIÓN	TRIBUNALES
Control del proceso y el resultado por las partes	Control del proceso y el resultado por el Juez
Colaboración	Adversarial
Ganar-Ganar	Ganar-Perder
Conflicto amplio, puede abarcar conflictos personales	Conflicto legal
Protagonismo de las partes en la solución	Decisión del juez
Más compromiso con el resultado	Poco compromiso de las partes con el resultado
Posibilidad de retomar el diálogo entre las partes	Rompe todas las posibilidades de diálogo futuro entre las partes
Permite soluciones más creativas	Soluciones más limitadas
Facilita y conserva la relación	Crea distancia, costes emocionales
Genera empatía	Genera hostilidad
Probabilidad alta de cumplimiento	Más dificultad de cumplimiento
Previene conflictos futuros	Reitera conflictos

⁷⁶ CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, “Guía para la práctica de la mediación intrajudicial”, Gabinete técnico: Mediación: 2016.

