



**UNIVERSIDAD
DE BURGOS**

Programa de Doctorado en Ciencias Jurídicas, Económicas y Sociales por la
Universidad de Burgos

Tesis:

**Justicia restaurativa y justicia retributiva:
bases para un enfoque restaurativo en el
derecho penal y penitenciario
contemporáneo.**

Tesis doctoral presentada por
D^a VIRGINIA DOMINGO DE LA FUENTE

Bajo la dirección del
Prof. Dr. D. MIGUEL ANGEL IGLESIAS RÍO

Catedrático de Derecho penal



Burgos, 2021

"El corazón del desafío es asimilar lo terrible, lo insoportable, transformándolo en algo integrable; algo que nos pueda nutrir y dejarnos con una visión del mundo, de nosotros mismos, de la humanidad, que es más grande que el horror" Marta Cabrera.

"Como juez, escuché el sufrimiento, el aislamiento y las injusticias que llevaron a las personas a cometer crímenes y lo que sus crímenes causaron en la vida de otros. Comprendí y luego acepté que la necesidad de ser imparcial requería que ni yo ni otros profesionales mostraran el dolor y la ira que sentimos. Así que no grité de rabia ni solté las lágrimas que brotaban de lo más profundo de mí. Si bien mi moderación emocional respetaba las prácticas judiciales, deshonró las historias de las personas cuyas vidas marcharon por la corte, una marcha que no permitió que sus espíritus heridos ni sus emociones dolorosas fueran abordadas.

Al igual que muchos jueces y otros profesionales en el proceso judicial, nuestra moderación tiene un precio, un precio que nos damos cuenta mucho después de que nuestras familias y amigos lo reconozcan. Nuestra moderación endurece nuestros corazones o se desgarran en nuestra capacidad de abrazar alegremente la vida, o ambas cosas. Grité de rabia en los paseos cotidianos y rompí en lágrimas ante nada en absoluto o en eventos aparentemente inocuos. Cuando las emociones profundas se apagan, no desaparecen, surgen en otras formas en muchas partes de nuestras vidas.

Creí que tenía que haber una manera más respetuosa y holística de abarcar todos los aspectos del crimen, aspectos que la corte excluye." Barry Stuart, juez, uno de los creadores de los círculos de diálogo.

Quiero expresar mi agradecimiento a todas las personas que creen que un mundo mejor es posible y que me han apoyado y acompañado en este camino hacia la justicia restaurativa. De todos y cada una de estas personas he aprendido mucho.

GRACIAS.

INDICE

INTRODUCCIÓN.

1. Justificación del trabajo de investigación	9
2. Objetivos.....	17

PRIMERA PARTE: Los aspectos esenciales del surgimiento, configuración y desarrollo de la justicia restaurativa..... 20

1. Antecedentes históricos de la justicia restaurativa	20
2. Origen de la justicia restaurativa desde la mirada de la victimología	31
3. Teorías que fundamentan la justicia restaurativa:	34
A) Introducción	34
B) Teoría de la ventana de la disciplina social (Ted Watchel y Paul McCold).....	35
(a) Ventana de la disciplina social.....	36
(b) Función de las partes interesadas	38
(c) Tipología de prácticas restaurativas	40
(d) Conclusión	41
C) La brújula de la vergüenza de Nathanson.....	42
D) La vergüenza reintegrativa de John Braithwaite	45
E) Las técnicas de neutralización de Matza y Skyes	49
F) Teoría de Berne. Análisis transaccional.....	51
G) Conclusiones	54
4. Conceptualización y definiciones	55
A) ¿Qué no es justicia restaurativa?	60
B) Otras posibles aproximaciones para discernir el potencial restaurativo.....	62
(a) Paradigma de justicia	63
(b) Nueva ciencia penal	63
(c) Movimiento social.....	68
(d) Filosofía de vida.....	70
(e) Conclusiones	71

5. Principales metodologías	72
A) Mediación víctima-infractor o reunión víctima-infractor	74
B) Conferencia de familia o grupo de comunidad.....	76
(a) Protocolo para facilitar conferencias restaurativas	78
C) Tratados de paz, círculo de sentencia o círculos de paz	84
(a) Círculos de construcción de paz.....	85
(b) Círculos de sanación	85
(c) Círculos de sentencia.....	86
(d) Estructura de los círculos en el programa de justicia restaurativa-reconexión	86
D) Otras posibles metodologías restaurativas	90
6. Aspectos comunes y diferencias entre justicia tradicional y justicia restaurativa	93
A) Aspectos comunes	93
B) Diferencias.....	94
7.Principios informadores de la justicia restaurativa.....	99
A) Principios según Zehr.....	99
B) Principios según Van Ness	101
C) Principios informadores de los procesos restaurativos en la práctica	102
1. Voluntariedad	102
2. Inclusivo	106
3. Consenso, diálogo y cooperación	106
4. Confidencialidad.....	106
5. Restitución, reparación o compensación del daño.....	108
6. Decisión última del órgano judicial y del ministerio fiscal.	108
7. Imparcialidad	109
8. Informal, pero con estructura.....	110
9. Economía de esfuerzo, tiempo y dinero	111
10. Mejor índice de cumplimiento de acuerdos.....	111
11. Gratuidad	112
D) El principio de humanidad	113
(a) La prohibición de la tortura y de toda pena y trato inhumano o degradante...	115

(b) La orientación resocializadora de la pena, en particular si es privativa de libertad	116
(c) La atención a las víctimas de toda infracción penal.....	117
8. Objetivos.....	119
A) Introducción	119
B) Reparación del daño a la víctima.....	119
(a) Reparación económica	120
(b) Reparación de los perjuicios personales y morales.....	122
(c). Reparación de actividad	123
C) El perdón	126
9. Justicia transicional y justicia terapéutica	129
A) Justicia transicional	129
B) Justicia terapéutica	133
10. Conclusiones.....	136

SEGUNDA PARTE: Justicia, derecho penal y algunas escuelas fundamentales para poder enmarcar la justicia restaurativa. 137

1. Introducción.....	137
2. Funcionalismo	145
A) Funcionalismo moderado de Claus Roxin.....	146
B) Funcionalismo radical de Jakobs	152
3. Derecho penal del enemigo	155
4. Abolicionismo o minimalismo	160
5. Conclusiones.....	170

TERCERA PARTE: normas que posibilitan la aplicación de la justicia restaurativa

1. Introducción.....	171
2. En el ordenamiento jurídico español:	171
A) Constituciones española	171
B) El Código Penal español.....	174
(a) El atenuante de reparación del daño del artículo 21.5 del código penal	174

(b) El atenuante de confesión del artículo 21.4 del código penal	185
(c) El atenuante por analogía del artículo 21.7 del código penal	186
(d) La suspensión de la ejecución de la pena del artículo 84.1 del código penal .	190
(e) Los trabajos en beneficio de la comunidad	192
(f) Conclusiones	197
C) La Ley de Enjuiciamiento Criminal	199
(a) Referencias a la justicia restaurativa en el borrador de código procesal penal del año 2012	203
(b) Propuestas de mejora de los preceptos del anteproyecto de ley de Enjuiciamiento Criminal en el capítulo referente a la justicia restaurativa	213
D) La ley de Responsabilidad Penal del Menor	220
(a) Prácticas restaurativas contempladas en la ley 5/2000	222
(b) Posibilidades de aplicación de estas prácticas restaurativas dentro de la ley .	223
1-En la fase de instrucción	
2- En la fase intermedia	
3-En la fase de audiencia	
(c) Conclusiones	224
E) La ley Orgánica General Penitenciaria	225
(a) Centro penitenciario restaurativo (elaboración propia a propuesta del centro penitenciario de Burgos y presentado oficialmente el día 4 de diciembre de 2020)	229
1-Introducción	229
2-Fundamentación jurídica	230
3-Elementos y aspectos para configurar un centro penitenciario restaurativo ...	233
4-Elementos para ayudar a esta configuración	236
(b) Conclusiones	236
F) El Estatuto de la víctima, el primer aporte legislativo a una justicia penal con enfoque restaurativo	237
(a) Introducción: análisis de su contenido	237
(b) Referencias congruentes con el espíritu y los postulados de la justicia restaurativa	239
(c) Referencias específicas a la justicia restaurativa	242

(d) Real Decreto 1109/2015, de 11 de diciembre, por el que se desarrolla la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, y se regulan las Oficinas de Asistencia a las Víctimas del Delito	245
(e) Conclusiones	248
(f) Interrelación entre los servicios de justicia restaurativa y las oficinas de asistencia a las víctimas	250
(g) Algunas reflexiones sobre el Estatuto de la Víctima	250
3. En el derecho internacional	251
A) Recomendación CM/Rec (2018) del Comité de Ministros de los estados miembros en materia de justicia restaurativa penal.....	257
B) La declaración iberoamericana de justicia juvenil restaurativa.....	262
C) La ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes-ejemplo de ley modelo en justicia restaurativa.....	264
D) Estudio sobre prácticas restaurativas en justicia juvenil elaborada por el Ilanud	267
(a) Principales prácticas restaurativas de los diferentes países participantes	268
(b) Conclusiones	272

CUARTA PARTE: Panorama actual de la justicia penal y posibles aportes beneficiosos de la justicia restaurativa en cuanto al tratamiento de la víctima, ofensor y comunidad

1. Introducción: visión general de la justicia penal desde la perspectiva del ciudadano	275
2. Posición del infractor durante el proceso penal tradicional.....	278
3.El infractor ante un proceso restaurativo	279
4. Algunos aspectos claves sobre la culpabilidad y responsabilización	280
5. Las víctimas en proceso penal tradicional	283
6. Beneficios de los procesos restaurativos para las víctimas y cómo se abordan sus necesidades de una manera más eficaz.....	286
A) Seguridad.....	
B) Información y respuestas	
C) Que se la cuente la verdad y se la dé el “poder” para tomar parte en un proceso que las afecta tan directamente como es el delito.	
D) Reconocimiento.....	
E) Inclusión	
F) Restauración emocional y disculpas	

G) Reparación material.....	
H) Respeto y equidad	
7. La inclusión de las partes interesadas secundarias, el papel de la comunidad en la justicia restaurativa	290
QUINTA PARTE: Retrospectiva del uso de prácticas restaurativas en diferentes lugares del mundo	296
1. Introducción.....	296
2. Uso de prácticas restaurativas en el ámbito juvenil y adultos en diversos países .	299
3. Algunas experiencias prácticas nacionales.....	306
A) Introducción	306
B) Servicio de justicia restaurativa de Castilla y León.....	308
(a) Ideas claves para el servicio de justicia restaurativa de Castilla y León en Burgos-asociación amepax.....	309
(b) Momento procesal de aplicación	310
(c) Protocolo de actuación	312
(d) Los acuerdos	317
(e) Datos estadísticos 2019.....	319
(f) Breve introspectiva de los años 2007-2019.....	322
C) Servicios de mediación penal y justicia restaurativa en el País Vasco.....	325
(a) Servicio de justicia restaurativa en adultos	326
(b) Servicio de justicia restaurativa justicia juvenil en País Vasco	330
4. Conclusiones.....	331
CONCLUSIONES	333
ANEXO I Programa de justicia restaurativa reconexión.....	363
ANEXO II. Memoria del programa reconexión del año 2020.....	372
ANEXO III Programa de justicia restaurativa parcialmente restaurativa y/o mayormente restaurativo para agresores sexuales	379
BIBLIOGRAFÍA	387

INTRODUCCIÓN

1. Justificación del trabajo de investigación

Para entender el motivo de esta investigación, tenemos que empezar con una frase que ha repetido reiteradamente Terry O'Connell: *“no queremos cambiar el sistema, queremos mejorar la experiencia de las personas que acuden al sistema”*¹. Esta afirmación precisamente resume el objetivo de esta tesis, por qué está enfocada en el derecho penal y penitenciario y por qué, a pesar de lo opinión mayoritaria que observa esta justicia como un mecanismo alternativo, la justicia restaurativa podría ser un complemento al derecho penal actual que precisamente refuerce los aspectos más débiles o las posibles carencias de las que pueda adolecer el sistema actual.

La propuesta de esta investigación será analizar algunas escuelas de derecho penal y ver cómo no difieren en cuanto a postulados y fundamentaciones de lo que la justicia restaurativa propugna y manifiesta. Para ello se tratará la justicia restaurativa desde un punto de vista conceptual, con apoyo en las teorías más utilizadas de cara a fundamentarla, se verá sus principales metodologías y posibilidades, esto llevará a unas primeras conclusiones sobre la compatibilidad de la justicia restaurativa con el derecho penal y penitenciario actual.

Posteriormente, se reflexionará sobre los beneficios de esta justicia que pueden complementar y ayudar a mejorar la atención a los afectados por el delito; además se analizará la normativa internacional y nacional que muchas veces no hablan de justicia restaurativa pero si recogen sus aseveraciones más importantes. Y, como conclusión, se someterá a consideración una serie de propuestas para plasmar de forma práctica la idea eje de esta investigación sobre la compatibilidad de ambos sistemas de justicia y su relevancia en el ámbito penal y penitenciario.

El interés en esta investigación viene determinado porque en esencia el derecho penal y penitenciario tiene como fin primordial evitar que se produzcan conductas dañosas calificadas como delito en las normas penales y, por adición, hacer posible la convivencia en paz de todos los miembros de la comunidad, algo que en sí mismo, es ya de alguna manera restaurativo si lo miramos con la lente de la justicia restaurativa.

¹ Es director de Real Justice en Australia, fue policía y el creador del guion waga-waga para realizar conferencias restaurativas.

Sin embargo, el derecho penal se ha ido adaptando a las necesidades o más bien las reclamaciones sociales y se ha tornado muy punitivo, especialmente para aquellos delitos que más alarma social han creado y que la sociedad ve a sus autores de imposible reinserción.

Esto no fue así siempre, por ejemplo, ya en el año 1927² apareció el vocablo “resocialización” en la 25ª edición (1927) del Lehrbuch de Liszt, junto a los términos “educación” (“Erziehung”) y “mejora” (“Besserung”), edición llevada a cabo por Eberhard Schmidt, después de la muerte de Liszt³. Esta corriente enfocada más en el modelo resocializador tuvo su auge después de la segunda guerra mundial con la promulgación de instrumentos internacionales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos⁴. Esto permitió introducir un enfoque más humanitario⁵. Pero este enfoque pro-reinserción sufre su declive en los años setenta debido al cuestionamiento del sistema penal y penitenciario y su fracaso con la reinserción, lo que hizo que surgiera un nuevo modelo penal que se llamó “de seguridad ciudadana”⁶. Tampoco ayudó a este cambio de enfoque, de nuevo más punitivo, los medios de comunicación pues para aumentar la audiencia han seguido y están siguiendo políticas alarmistas creando en el ciudadano una situación de inseguridad que generalmente no se corresponde con la realidad.⁷ Este cambio hacia el punitivismo tiene como consecuencia que se vea los delitos como una cuestión de seguridad pública y que la sociedad en general, reclame más efectividad, penas más duras incluso a pesar de tener que renunciar en algunos casos a ciertos derechos y libertades.⁸

² Faria, L.L. (2017) “Orientación resocializadora de la pena: ¿desorientación del Derecho Penal?” (tesis de doctorado), pp.38, Universidad Complutense de Madrid, Madrid.

³ Liszt en la edición número 23 solo hablaba de “Besserung”, no acogía aún el vocablo “resocialización”. Vid. García-Pablos de Molina, A. (1979) “La supuesta función resocializadora del Derecho Penal: utopía, mito y eufemismo” pp. 649.

⁴ La Declaración fue proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10 de diciembre de 1948 en su Resolución 217 A (III), como un ideal común para todos los pueblos y naciones. La Declaración establece, por primera vez, los derechos humanos fundamentales que deben protegerse en el mundo entero, visitado el 20 septiembre de 2020 <https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>

⁵ En nuestro ordenamiento jurídico el artículo 25 de la Constitución Española estableció, en consonancia con esta corriente “las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados”.

⁶ Diez Ripollés, J. L. (2004) “El nuevo modelo penal de seguridad ciudadana”. Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología, pag.03:31 <http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06-03.pdf>

⁷ Soto Navarro, S. (2005) “La influencia de los medios en la percepción social de la delincuencia”. Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología, pag.09:19, <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-09.pdf>

⁸ Existen muchos ejemplos sobre esto, por destacar uno de ellos podemos hablar de cómo se ha generalizado el uso de cámaras de vigilancia en muchos lugares públicos y de ocio, e incluso se ha reforzado medidas de

Y esto se ha materializado en el aspecto normativo en una prolija regulación que ha aumentado el rigor de las penas en los últimos años, y como claro ejemplo es la implantación en nuestro código penal de la prisión permanente revisable⁹. Sobre esto se puede destacar la Ley Orgánica 7/2003 que como novedades introdujo el aumento de la duración de las penas más largas además de novedades en el régimen penitenciario como imponer condiciones más estrictas para acceder al tercer grado. O la introducción de ciertas exigencias que hacen más complicado el acceso a la libertad condicional (artículo 90). Otra reforma que vino a materializar este aumento del punitivismo es la Ley Orgánica 5/2010¹⁰ que introdujo la libertad vigilada para delitos graves, y no es sino una pena complementaria a la pena privativa de libertad, y lo que nos dice es que una vez el penado ha “cumplido” con la sociedad, la posible subsistencia de la peligrosidad hace necesario adoptar otras medidas de seguridad. Con esto, el legislador parece indicar que no cree en la reinserción de las penas y que, por eso, se busca otras medidas complementarias para paliar esta falta de reinserción.

En general, con todas las reformas realizadas se ha venido a atender el clamor social de penas más duras, dando prioridad a la prevención general positiva¹¹ de la pena como objetivo esencial del derecho penal en detrimento de otros fines como el de la reinserción. Algunas críticas al respecto van a en la línea de debatir la atribución al derecho penal la única opción válida para luchar contra la criminalidad, dejando fuera otros mecanismos de corte más preventivo, de esta manera para algunos el derecho penal, acabaría siendo meramente simbólico¹².

seguridad a la entrada de eventos que, en ocasiones, están al límite del respeto de ciertos derechos y libertades más esenciales.

⁹ Rodríguez Yagüe, C., Arroyo Zapatero, L.A., Lascaráin Sánchez, JA, Pérez Manzano, M. (2016). “*Contra la cadena perpetua*”. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha / Tirant lo Blanc, pp 171-178.

¹⁰ A este respecto cabe destacar el artículo de Miguel Ángel Iglesias Río en Iglesias Río, M. (2013) “*Lagunas, contradicciones y deslegitimación del discurso contemporáneo del derecho penal preventivo y de la seguridad: un ejemplo en el anteproyecto de reforma del CP de 2010*”. Revista de Derecho Penal, N.º. 39, pp. 9-38. Y las sucesivas reformas hacia un endurecimiento de las penas ha seguido con las reformas en sucesivos años como el 2015 sobre esto se puede mencionar a Landa Gorostiza, J.M. (2015). “*Prisión perpetua y de muy larga duración tras la LO1/2015, ¿Derecho a la esperanza? Con especial consideración del terrorismo y del TEDH*”, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 17-20, pp. 1-42.

¹¹ Esta prevención tiene como destinatarios a toda la sociedad y su objetivo es la afirmación y el aseguramiento de las normas básicas, así como de los valores fundamentales que estas protegen, y así educar al grupo social para que los acate y los asuma como propios, a este respecto nos remitimos a Jakobs, G. (1997) “*Derecho penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la imputación*”. (Joaquín Cuello Contreras (trad.), José Luis Serrano González de Murillo (trad.)). Ed. Marcial Pons. Madrid, pp. 9-19.

¹² Este carácter simbólico tiene que ver con la idea de utilizar el Derecho penal para paliar las reacciones de la sociedad ante un sentimiento de inseguridad, provocado por reiteraciones de conductas delictivas que tienen gran repercusión social y que el Derecho no parece tener solución adecuada, está relacionado no con el uso reiterado sino con el mal uso que se hace incrementando la dureza de las penas o por ejemplo creando

Así pareciera que es lo único que tenemos para luchar contra la delincuencia, sin embargo, el delito tiene origen en muchos aspectos, es multi factorial, y a priori con esta visión de primacía del derecho penal y penitenciario estamos olvidando por ejemplo la prevención primaria del porqué del delito para neutralizar los aspectos sociales, psicológicos, ambientales, culturales y, en general, las circunstancias de cada persona que pueden llevarlos a delinquir.

Entendemos que el derecho penal y penitenciario se debe adaptar a la realidad social, debe ir parejo a los avances tecnológicos y las circunstancias del momento, de ahí, esta excesiva regulación legal en aras a conseguir un aumento del rigor punitivo. Sin embargo, a pesar de esta excesiva regulación y aumento de la dureza de las penas no parece que se haya avanzado hacia un sentimiento de mayor seguridad ni disminución de la delincuencia y, por otro lado, al final, no parece que esto satisfaga a todas las víctimas ni fomente la reinserción del infractor lo cual no genera confianza en el ciudadano.¹³

Y es que las penas más duras pueden significar cierta solidaridad del Estado para con los que sufren un delito, sin embargo, en muy pocas veces este rigorismo punitivo acaba satisfaciendo realmente las necesidades de los directamente impactados por el delito. Existe una creencia de que a través del derecho penal y penitenciario, se va a conseguir una solución más satisfactoria y a pesar de que suele revelarse como muy poco idóneo para resolver porque no atiende a las necesidades de las personas, sigue siendo el único cauce que encuentran los ciudadanos para resolver los delitos y para satisfacer la demanda de respuesta ante la comisión de un delito.

El castigo al culpable se torna en una auténtica obsesión social¹⁴ y por una parte reconcilia a la colectividad con la idea de justicia, intimida al culpable y al resto de potenciales candidatos y finalmente sacia la sed de venganza de la comunidad, pero aun así se olvida y deja sin respuesta a quién queda en una situación de mayor vulnerabilidad: la víctima.

tipos penales nuevos a raíz de un suceso concreto, Hassemmer, W. (1995) "Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos. en VV/AA: *Pena y Estado*", Santiago: Editorial Jurídica Cono Sur, pp. 22 - 36.

¹³ A este respecto se pueden consultar datos estadísticos elaborados por el CIS sobre opinión del ciudadano en relación con el funcionamiento de los tribunales de justicia y otros aspectos relativos a la delincuencia. Recuperado de http://www.cis.es/cis/opencm/ES/1_encuestas/estudios/ver.jsp?estudio=1007&cuestionario=1127&muestra=82

¹⁴ Domingo de la Fuente, V. (2008) "Justicia Restaurativa y mediación penal". Revista de derecho penal, ISSN 1576-9763, nº 23, pp.33-68.

Además, se está prescindiendo de algo tan relevante e importante como es la orientación reinsertadora de las penas privativas de libertad. Como ya hemos visto, a pesar de este considerable aumento del rigorismo en las sanciones, la realidad muestra unas altas tasas de reincidencia y escasa contención de los infractores incluso ante las penas más "cruels".

Por tanto, es importante ver que esta inflación del derecho penal no viene acompañada de una disminución efectiva de la criminalidad, ni de un sentimiento de mayor seguridad subjetiva por parte del ciudadano. El sistema penal preventivo y retributivo actual, está configurado de tal forma que la víctima asiste como mero testigo a un hecho que la afecta tan directamente como es el delito. La tradicional concepción retributiva ha distanciado al infractor de la víctima, poniendo a esta última como un simple sujeto pasivo.

Por eso, se torna importante buscar otras formas de abordar el delito que, por un lado, generen seguridad en los ciudadanos, y por otro, fomenten la participación de la víctima y la reinserción del infractor. Como reconoce García-Pablos¹⁵, la víctima debe de ser redescubierta. Ser descubierta como parte fundamental junto al infractor y a los operadores jurídicos y colaborando con la efectividad del sistema de justicia penal. Por otra parte, las necesidades que expresan las víctimas de la mayoría de los delitos, que acaban en los tribunales, no tienen relación con la dureza del castigo que se impone al agresor, sino con el restablecimiento de todas las seguridades, que estas personas han perdido por el delito. Las necesidades reales de las víctimas no suelen coincidir con las pretensiones procesales. Ello explica la frecuente desilusión con el sistema judicial, al crear una seria insatisfacción, después de haber puesto todas las esperanzas en el que se cree el único medio posible. En este sentido, el proceso penal no solo no respeta estas necesidades, sino que supone, en algunos casos, una experiencia dolorosa para las víctimas, no en vano se ha denominado a esta experiencia la "victimización secundaria" y, así, según Christie¹⁶ " *la víctima en un caso penal es una especie de perdedor por partida doble, primero frente al infractor y después frente al estado. Está excluido de cualquier participación en su propio conflicto, el estado le roba su conflicto. Todo es llevado a cabo por profesionales, quienes muy a menudo, a causa de su formación son incapaces de dejar que las partes decidan lo que crean conveniente*".

¹⁵ García-Pablos de Molina, A. (2014) " *Tratado de Criminología*". Editorial Tirant lo Blanch, pp. 182 y ss.

¹⁶ Christie, N. (1997) " *Las imágenes del hombre en el derecho penal moderno*". Instituto criminológico y derecho penal. Universidad de Oslo, pp.1-15.

Por eso, se debe buscar otras vías como la justicia restaurativa que apuesta porque el infractor se responsabilice por su conducta, asumiendo que debe compensar o reparar el daño que ocasionó.

Según Roxin¹⁷ " *la reparación tiene efectos resocializadores ya que obliga al autor a enfrentarse con las consecuencias del hecho y a asumir legítimos intereses de las víctimas*". A pesar de lo que pueda parecer, según Mark Umbreit¹⁸, director del Centro de paz y justicia restaurativa de Minnesota (EE. UU.) y en contra de lo que opinan algunas personas " *la justicia restaurativa no pretende ser blanda con los delincuentes sino, por el contrario, busca modos de restaurar a la víctima. Además propone que se centre la atención en las víctimas, se las atienda y el delincuente asuma la responsabilidad por el daño que han hecho a las personas y sus familias*".

Siguiendo esta línea, la justicia restaurativa apuesta por la responsabilidad social y el principio del derecho penal mínimo coadyuva a la dimensión preventiva especial: la responsabilidad ética del infractor. Es por esto por lo que la justicia restaurativa surgió para intentar cubrir los vacíos legales, es decir, para mejorar la justicia tradicional e incidir en aquellos apartados en los que ahora mismo no funciona como debería, sería un complemento al proceso penal en delitos de más entidad y una alternativa, en los más leves.

Respecto de los factores determinantes de la aparición de la justicia restaurativa podemos hablar básicamente de los siguientes:

1. Las víctimas están fuera del sistema penal. Para la actual justicia retributiva importa más que se ha vulnerado la norma creada por el Estado, que el hecho en sí mismo de que se ha causado daños a una persona. El sufrir un delito lleva aparejado, además de un daño material y moral, unas necesidades que se reclaman precisamente de la justicia y generalmente no obtienen.

2. El sistema penal tradicional en muy rara ocasión fomenta una conducta tendente a que el infractor reconozca su responsabilidad y si lo hace, suele ser por conseguir beneficios penales y penitenciarios.

¹⁷ Roxin, C. (1991) " *La reparación en el sistema jurídico penal de sanciones. Jornadas sobre la reforma del derecho penal en Alemania*". Ed, Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial. Madrid, pp. 119 y ss.

¹⁸ Umbreit, M. (1998) " *Restorative Justice through Victim-Offender Mediation: A Multi-Site Assessment*". Western Criminology Review 1 (1), pp.1-28.

3. En tercer lugar, **todo es gestionado por profesionales, el sistema no da cabida o entrada a las víctimas¹⁹, pero tampoco a la comunidad.** Y, sin embargo, la comunidad es una víctima indirecta de toda clase de delitos y es que al igual que víctima e infractor, esta comunidad tiene una serie de necesidades; la comunidad necesita que sus preocupaciones sean atendidas ya que, como víctima, quiere sentirse reparada y, para ella, esto se traduce en la posibilidad de recuperar a víctima e infractor como dos personas nuevas y productivas.

También requiere tener una oportunidad de poder construir un sentimiento de comunidad, porque, tras el delito, se pierde la confianza en el todo, en la sociedad, por eso a través de la mutua aceptación de responsabilidad, del infractor y de la comunidad, se va a generar un sentimiento de grupo, pues se deben responsabilizar por el bienestar de sus miembros y promover junto con los demás afectados una sociedad más pacífica y saludable.

Estos tres factores nos hacen concluir que la justicia restaurativa puede ser una forma de abordar las carencias del sistema penal y penitenciario, cumpliendo el principio de intervención mínima del derecho penal, pero a la vez fomentando la mejor satisfacción de las personas afectadas por el delito.

Se trataría de sustituir el modelo penal de seguridad y para algunos retributivo por un enfoque que según Diez Ripollés²⁰ “fomente el bienestar social así en palabras de un modelo penal bienestarista, que anteponga una aproximación social a una aproximación represiva hacia la delincuencia ...”

Aunque las primeras iniciativas de justicia restaurativa surgieron en los años setenta en países como Canadá y EE. UU., en nuestro entorno, solo recientemente se empieza a hablar de este tema. En la actualidad, la justicia restaurativa se equipará a la mediación penal, aunque como veremos hay más prácticas o metodologías restaurativas.

Además, se suele plantear esta justicia restaurativa como contraria a la actual justicia penal, identificada con un carácter retributivo, lo que plantea una dicotomía y una necesaria obligación de optar por una u otra justicia.

Más adelante profundizaremos en la idea de ver la justicia restaurativa desde tres perspectivas:

¹⁹ Christie, N. (1977) “*Conflicts as property*”. The British Journal of criminology 17 (1), pp. 1-15.

²⁰ Diez Ripollés, J.L. (2004) “*El nuevo modelo penal de seguridad ciudadana*”. Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología, pag.03:31 <http://criminnet.ugr.es/recpc/06/recpc06-03.pdf>

1. Justicia restaurativa **como filosofía**, que parte de la premisa de que el delito ha causado un daño, se debe reparar y es una oportunidad para que todos los afectados participen de forma activa y directa.

2. **La justicia restaurativa engloba una serie de principios y valores**, directamente emanados de la filosofía que subyacen en ella, podemos hablar de múltiples valores que inspiran esta justicia, en este caso los más destacados son: **respeto, encuentro, reparación, responsabilidad, seguridad, curación, reintegración y empatía.**

3. Y como **herramientas para poner en práctica esta filosofía**, además de la mediación penal hay otros mecanismos de orientación restaurativa según incluyan a todos los afectados por el delito o solo algunos: conferencias restaurativas, círculos de paz, paneles de víctimas, servicios en favor de la comunidad, servicios de asistencia a las víctimas, programas de reparación del daño, comisiones para la verdad y la reconciliación, comités para la reparación del daño....Bajo esta perspectiva, tampoco resulta imposible hablar de justicia restaurativa como una teoría jurídica para explicar el delito y su gestión, similar a la justicia penal que tenemos y que algunos han venido a llamar retributiva, tendríamos de esta forma, dos teorías jurídicas para explicar cómo se debe abordar el delito y su impacto. En este sentido, la justicia restaurativa y dentro de ella, cualquiera de sus herramientas, son un complemento para tener en cuenta en el proceso penal. Éste trata de esclarecer si el hecho denunciado existió, si el imputado participó activamente en él y con qué grado de responsabilidad. La justicia restaurativa, sin embargo, parte de otra premisa: el reconocimiento voluntario de la existencia del daño por parte del infractor. Este proceso de reconocimiento del daño forma parte de la intervención restaurativa que realiza el facilitador, aunque como veremos, es común exigir en las regulaciones sobre la materia, este reconocimiento del daño como requisito para acceder a la justicia restaurativa.

Este reconocimiento voluntario de la responsabilidad es el punto de partida para la gestión del delito, aunque esto no implica que deban dejarse de valorar cuantas circunstancias concurren para modular la antijuricidad y la culpabilidad.

Por eso, no solo se apuesta por una vía alternativa al proceso penal, sino también por un cauce complementario, pero siempre incardinado dentro del propio proceso, eso sí, reduciendo al mínimo el ámbito del derecho penal y teniendo siempre en el horizonte la función reeducadora y reinsertadora de las penas privativas de libertad, al ser algo inherente a nuestro estado social y democrático de derecho.

Se debe intentar devolver a la comunidad su protagonismo, procurando una efectiva protección y reparación a la víctima, asegurando el derecho a la integración social del infractor. Todo esto no solo es más justo, sino también más eficaz, eficiente y mucho más barato en costes materiales, pero también emocionales. En esta justicia penal y penitenciaria con enfoque restaurativo, los procesos restaurativos serán el último escalón ideal, al que aspirar cuando víctima, infractor y/o la comunidad puedan reunirse en un escenario seguro para abordar el impacto del delito, las necesidades de los afectados y la asunción de responsabilidad del infractor. No obstante, también será posible construir un proceso penal más humano, que tenga en cuenta los postulados y principios teóricos de esta justicia restaurativa, como teoría o paradigma de justicia.

Por eso, nuestra apuesta será construir las bases para dotar un enfoque restaurativo al derecho penal y penitenciario que retome los postulados más humanistas de los años cincuenta después de la segunda guerra mundial pero teniendo en cuenta también a la víctima²¹ como parte importante de la relación que surge tras el delito y, asimismo, realizar propuestas de programas basados en este enfoque restaurativo que ayuden a los objetivos básicos del derecho penal y penitenciario, y que reúnen las posturas más contrarias, tratando de aunar la reinserción como fin del derecho con la seguridad pública.

2. Objetivos.

En base a todo lo establecido, el objetivo general será:

- Analizar, reconocer y configurar la hipótesis de la posibilidad de mejorar la justicia penal y penitenciaria actual a través de la justicia restaurativa, estableciendo también propuestas de programas prácticos y otras políticas legislativas que coadyuven a este fin.

Para conseguirlo, nos proponemos los siguientes objetivos específicos:

- Establecer el origen de la justicia restaurativa.
- Analizar los aspectos negativos de la justicia penal actual, las lagunas y carencias, y diferencias con la actual justicia retributiva y sus puntos comunes.
- Determinar cómo puede concebirse y sus diferencias con figuras afines.

²¹ Nistal Burón, J. (2019) "La víctima en el derecho penitenciario". Editorial Tirant lo Blanch, pp.67 y ss.

- Configurar la justicia restaurativa como una teoría jurídico-penal y su encaje complementario o alternativo a los fines que modernamente se atribuyen a las penas criminales.
- En este proceso de elaboración de esta tesis, y puesto que la justicia restaurativa es un concepto vivo, en constante evolución, hemos visto las posibilidades de configurarla como una ciencia penal o incluso social.
- Configurar las opciones para mejorar la justicia penal y penitenciaria, argumentando la posible confluencia de ambas justicias en base a diferentes corrientes doctrinales y la normativa existente a nivel nacional e internacional.
- Determinar las pautas para construir una justicia penal y penitenciaria con enfoque restaurativo.
- Analizar sus posibles aplicaciones prácticas y proponer programas restaurativos y posibles reformas legales para la mejor implementación de esta justicia.

Para lograr que la justicia restaurativa y la actual llamada retributiva, no se vean como opuestas totalmente y conseguir los objetivos planteados, nuestra metodología básica será eminentemente deductiva, en primer lugar acudiremos al propio derecho penal y penitenciario y analizaremos cómo algunas corrientes doctrinales clásicas, ya contemplaban de forma indirecta, una justicia más humana y en parte restaurativa. Combinaremos el análisis conceptual, lecturas de textos de algunos autores de referencia en el área de la justicia restaurativa, derecho penal, penitenciario, criminología y la victimología y de jurisprudencia, junto con la observación de lo que es en la práctica, el proceso penal, penitenciario y los procesos restaurativos. En este punto, nuestra experiencia práctica fruto de coordinar y actuar como facilitadora en el servicio de justicia restaurativa de Castilla y León que comenzó en el año 2006,²² por el acuerdo de colaboración que suscribimos con la Fiscalía de la Comunidad así como con el apoyo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León , hará que todos los puntos teóricos tengan un sustento en los datos, las encuestas de satisfacción y los resultados de años de conjugar los procesos restaurativos con el sistema de justicia penal tradicional.

²² A este respecto son muchos los programas que se iniciaron por esa época amparados en la poca legislación que nos daba la oportunidad, como el atenuante de reparación del daño del código penal, así como las sentencias de conformidad. Nuestro servicio comenzó por el apoyo de los operadores jurídicos que entendieron la necesidad de ir más allá en la gestión de los delitos. Véase https://elcorreodeburgos.elmundo.es/articulo/burgos/justicia-restaurativa-da-solucion-quincena-asuntos-2019/20200205215302357660.html?fbclid=IwAR1FRT_zS-QCQ3Sob13mXyVzwEmA4GMjLCu_4NB8udCd6mxUpYd_J6qtIoc

Asimismo, analizaremos el derecho comparado, que siempre proporciona modelos de referencia muy interesantes, con la finalidad de valorar su posible incorporación –no automática- al sistema legal español; teniendo en cuenta la normativa, ya existente en España y que viene a reforzar, como se verá, los postulados de una justicia penal y penitenciaria que se nutra de valores restaurativos y sea, a su vez, congruente con los principios básicos de nuestro derecho constitucional, penal y penitenciario.

Por último, nuestro contacto constante con la realidad iberoamericana nos ha permitido ver, estudiar e incluso asesorar en leyes con enfoque restaurativo²³, valorar las prácticas de otros lugares, que, junto con las nuestras propias, van a servir para configurar una propuesta congruente con nuestro derecho y a la vez con las necesidades reales de los verdaderos afectados por el delito. Pretendemos que tras la lectura de este trabajo deje de concebirse la justicia restaurativa como una utopía y se vea que es el paso consustancial a las exigencias de una justicia que tenga en cuenta a los verdaderos afectados por el delito y procure la mejor atención a las necesidades de todos y cada uno de ellos.

“la utopía está en el horizonte. Camino dos pasos, ella se aleja dos pasos y el horizonte se corre diez pasos más allá. Entonces, ¿para qué sirve la utopía? Para eso, sirve para caminar”. (Eduardo Galeano).

²³ Nuestra entidad asesoró al Ministerio de Justicia para la elaboración del Estatuto de la víctima durante el año 2012. <https://elcorreodeburgos.elmundo.es/content/print/justicia-restaurativa-logra-oficializarse-gracias-estatuto/20151130053000207623>

PRIMERA PARTE: Los aspectos esenciales del surgimiento, configuración y desarrollo de la justicia restaurativa.

1. Antecedentes históricos de la justicia restaurativa.

Para comenzar, consideramos adecuado intentar dilucidar qué es justicia y valorar como la idea tradicional de justicia acerca de “dar a cada uno lo suyo”, está relacionada íntimamente con el concepto de justicia restaurativa. La justicia desde un punto de vista cultural tiene que ver con un consenso amplio en los individuos de la comunidad acerca de lo que es bueno y lo malo. Se supone que todos los miembros tienen un concepto de qué es lo justo y se considera como algo bueno actuar de acuerdo con esta consideración de lo justo. Nuestra forma de comportarnos, de actuar, en general de vivir en cualquiera de nuestros ámbitos de la vida: lugar de trabajo, colegio, vecindario, familia..., debe guiarse hacia el eje-valor de la justicia. Además de este aspecto consuetudinario, la justicia tiene una fundamentación formal (que implica una determinada codificación en leyes escritas que son aplicadas por tribunales o jueces). Es un conjunto de disposiciones escritas, que son aplicadas por jueces y profesionales y tratan de ser totalmente imparciales y neutrales con respecto a los miembros de la comunidad y los conflictos que surjan entre ellos y lleguen a los tribunales.

Cuando las personas tienen un problema (sea o no delito) acuden al juzgado buscando justicia, los individuos no van a impartir ni cooperar en esta búsqueda de la justicia, sino que terceros totalmente ajenos a ellos velarán porque se encuentre ésta.

Muchas personas relacionan justicia solo con la que se imparte si acudes a los tribunales, y lo que muchas veces no nos percatamos que acudiendo al juzgado podemos conseguir una sentencia ajustada a derecho pero que en ocasiones no es justa porque no tiene en cuenta las necesidades y las circunstancias personales de cada una de las personas. Para explicar a esto, queremos trasponer aquí un cuento que explica qué es justicia <https://cuentosparadormir.com/infantiles/cuento/el-principe-lapio>

“Había una vez un príncipe que era muy injusto. Aunque parecía un perfecto príncipe, guapo, valiente e inteligente, daba la impresión de que al príncipe Lapio nunca le hubieran explicado en qué consistía la justicia.

Si dos personas llegaban discutiendo por algo para que él lo solucionara, le daba la razón a quien le pareciera más simpático, o a quien fuera más guapo, o a quien tuviera una espada más chula. Cansado de todo aquello, su padre el rey decidió llamar a un sabio para que le enseñara a ser justo.

- Llévatelo, mi sabio amigo -dijo el rey- y que no vuelva hasta que esté preparado para ser un rey justo.

El sabio entonces partió con el príncipe en barco, pero sufrieron un naufragio y acabaron los dos solos en una isla desierta, sin agua ni comida. Los primeros días, el príncipe Lapio, gran cazador, consiguió pescar algunos peces. Cuando el anciano sabio le pidió compartirlos, el joven se negó. Pero algunos días después, la pesca del príncipe empezó a escasear, mientras que el sabio conseguía cazar aves casi todos los días. Y al igual que había hecho el príncipe, no los compartió, e incluso empezó a acumularlos, mientras Lapio estaba cada vez más y más delgado, hasta que finalmente, suplicó y lloró al sabio para que compartiera con él la comida y le salvara de morir de hambre. - Sólo los compartiré contigo-dijo el sabio- si me muestras qué lección has aprendido.

Y el príncipe Lapio, que había aprendido lo que el sabio le quería enseñar, dijo:

- La justicia consiste en compartir lo que tenemos entre todos por igual.

Entonces el sabio le felicitó y compartió su comida, y esa misma tarde, un barco les recogió de la isla. En su viaje de vuelta, pararon junto a una montaña, donde un hombre le reconoció como un príncipe, y le dijo.

- Soy Maxi, jefe de los maxiatos. Por favor, ayudadnos, pues tenemos un problema con nuestro pueblo vecino, los miniatos. Ambos compartimos la carne y las verduras, y siempre discutimos cómo repartirlas.

- Muy fácil, - respondió el príncipe Lapio- Contad cuantos sois en total y repartid la comida en porciones iguales. - dijo, haciendo uso de lo aprendido junto al sabio.

Cuando el príncipe dijo aquello se oyeron miles de gritos de júbilo procedentes de la montaña, al tiempo que apareció un grupo de hombres enfadadísimos, que liderados por el que había hecho la pregunta, se abalanzaron sobre el príncipe y le hicieron prisionero. El príncipe Lapio no entendía nada, hasta que le encerraron en una celda y le dijeron: - Habéis intentado matar a nuestro pueblo. Si no resolvéis el problema mañana al amanecer, quedaréis encerrado para siempre.

Y es que resultaba que los Miniatos eran diminutos y numerosísimos, mientras que los Maxiatos eran enormes, pero muy pocos. Así que la solución que había propuesto el príncipe mataría de hambre a los Maxiatos, a quienes tocarían porciones diminutas.

El príncipe comprendió la situación, y pasó toda la noche pensando. A la mañana siguiente, cuando le preguntaron, dijo: - No hagáis partes iguales; repartid la comida en función de lo que coma cada uno. Que todos den el mismo número de bocados, así comerán en función de su tamaño.

Tanto los maxiatos como los miniatos quedaron encantados con aquella solución, y tras hacer una gran fiesta y llenarles de oro y regalos, dejaron marchar al príncipe Lapio y al sabio. Mientras andaban, el príncipe comentó:

- He aprendido algo nuevo: no es justo dar lo mismo a todos; lo justo es repartir, pero teniendo en cuenta las diferentes necesidades de cada uno.

Y el sabio sonrió satisfecho. Cerca ya de llegar a palacio, pararon en una pequeña aldea. Un hombre de aspecto muy pobre les recibió y se encargó de atenderles en todo, mientras otro de aspecto igualmente pobre, llamaba la atención tirándose por el suelo para pedir limosna, y un tercero, con apariencia de ser muy rico, enviaba a dos de sus sirvientes para que les atendieran en lo que necesitaran.

Tan a gusto estuvo el príncipe allí, que al marchar decidió regalarles todo el oro que le habían entregado los agradecidos maxiatos. Al oírlo, corrieron junto al príncipe el hombre pobre, el mendigo alborotador y el rico, cada uno reclamando su parte. - ¿cómo las repartirás? - preguntó el sabio - los tres son diferentes, y parece que de ellos quien más oro gasta es el hombre rico...

El príncipe dudó. Era claro lo que decía el sabio: el hombre rico tenía que mantener a sus sirvientes, era quien más oro gastaba, y quien mejor les había atendido. Pero el príncipe empezaba a desarrollar el sentido de la justicia, y había algo que le decía que su anterior conclusión sobre lo que era justo no era completa. Finalmente, el príncipe tomó las monedas e hizo tres montones: uno muy grande, otro mediano, y el último más pequeño, y se los entregó por ese orden al hombre pobre, al rico, y al mendigo. Y despidiéndose, marchó con el sabio camino de palacio. Caminaron en silencio, y al acabar el viaje, junto a la puerta principal, el sabio preguntó: Dime, joven príncipe ¿qué es entonces para ti la justicia?.

- Para mí, ser justo es repartir las cosas, teniendo en cuenta las necesidades, pero también los méritos de cada uno.

- ¿por eso le diste el montón más pequeño al mendigo alborotador? - preguntó el sabio satisfecho.

- Por eso fue. El montón grande se lo dio al pobre hombre que tan bien nos sirvió: en él se daban a un mismo tiempo la necesidad y el mérito, pues siendo pobre se esforzó en tratarnos bien.

El mediano fue para el hombre rico, puesto que, aunque nos atendió de maravilla, realmente no tenía gran necesidad.

Y el pequeño fue para el mendigo alborotador porque no hizo nada digno de ser recompensado, pero por su gran necesidad, también era justo que tuviera algo para poder vivir. - terminó de explicar el príncipe. - Creo que llegarás a ser un gran rey, príncipe Lapiro concluyó el anciano sabio, dándole un abrazo. Y no se equivocó. Desde aquel momento el príncipe se hizo famoso en todo el reino por su justicia y sabiduría, y todos celebraron su subida al trono algunos años después. Y así fue como el rey Lapiro llegó a ser recordado como el mejor gobernante que nunca tuvo aquel reino.”

De todo lo expuesto en este cuento para niños rescatamos la idea que la justicia más allá de ser igual para todos debiera tener en cuenta las circunstancias y las necesidades de los participantes. La justicia suele concebirse como uno de los fines del derecho.

Sin embargo, es cierto que la idea de justicia se centra en el derecho, lo cual significa que el derecho es siempre una forma de justicia, en el sentido de que todo ordenamiento jurídico se presenta como un intento de realización de la justicia. Para Kelsen²⁴, el derecho es un orden de conducta humana y más bien la justicia es un anhelo social: “La aspiración a la justicia es el eterno anhelo humano de felicidad. El individuo aislado no puede, en cuanto tal, encontrar la felicidad, y por ello la busca en la sociedad. Justicia es felicidad social.” Kelsen asocia la idea de justicia a la de felicidad igual que otros autores como Bentham, sin embargo, entiende que la felicidad individual de una persona puede entrar en conflicto con la de otra. Por eso, concluye el autor que debiera establecerse qué necesidades individuales son dignas de atenderse por la justicia y cuáles no.

En este sentido, la justicia restaurativa entiende que se puede lograr la satisfacción de los intereses de todos los afectados por el delito, lo cual implicaría que ya no es necesario elegir o priorizar como sostenía Kelsen, qué necesidades merecen protección por encima de otras.

Jorge Millas²⁵ es del parecer que la justicia no es un valor propiamente jurídico, puesto que “ni su esencia ni su efectiva realidad se hallan inexorablemente ligadas en principio al derecho. El derecho contribuye a realizarla, puede incluso ser la condición de hecho necesaria para que haya justicia entre los hombres, pero su idea y la posibilidad de vida que ella involucra no contiene la idea de vida jurídica como ingrediente esencial”.

²⁴ Kelsen, H. (1988). “*Teoría general del derecho y el estado*”. México, Unam, pp. 6-7.

²⁵ Millás, J. (1970) “*Filosofía del derecho*”. Santiago, Lex, pp. 70 y ss.

Bobbio²⁶, por ejemplo, define justicia como “el conjunto de los valores, bienes o intereses para cuya protección o incremento los hombres recurren a esa técnica de convivencia a la que sabemos dar el nombre de derecho”. Para este autor la idea de justicia se forjaría en torno a qué valores son los que forman parte de esta justicia.

Aunque hemos comentado que la percepción que tiene el ciudadano es que derecho y justicia no van unidos, lo cierto es que el derecho es una medida de la justicia, o más bien podría considerarse un cauce eficaz para la realización de la justicia, pero también puede ser el derecho medido por la justicia para ver si cumple sus expectativas.

Podríamos hablar en el sentido de lo que dice Helmut Coing²⁷ que “el derecho es mediación entre ideal de justicia y exigencias de la vida humana asociada”.

Esta pequeña introducción nos hace vislumbrar que la idea de justicia puede estar relacionada con dar a cada cual lo que le corresponde, en la línea de lo que decían ya en la antigüedad autores como Ulpiano con su “definición de que justicia es la constante y perpetua voluntad de darle a cada uno lo que le corresponde”.

Y para nuestra idea de justicia restaurativa es la definición de John Rawls²⁸ la que nos va a servir para entender como la justicia restaurativa se acerca al ideal de justicia. Este autor define la *justicia como equidad, que consiste básicamente en el principio de igual libertad, el principio de justa igualdad de oportunidades y el principio de diferencia.*

Esto implica en la línea de lo que decía el cuento que la justicia trataría de dar respuesta al conflicto teniendo en cuenta la igualdad ante iguales y la equidad para resolver de acuerdo con las necesidades de cada uno.

En la antigüedad existía este concepto puesto que el delito era definido como un daño al individuo, antes que una simple violación de la norma y, por ejemplo, el código de Hammurabi establecía como sanción a los delitos contra la propiedad, de forma general, la restitución de lo sustraído, aunque es cierto que si se robaba al estado o a la religión tal y como dice una de sus leyes había que devolver en exceso entre 10 y 30 veces más, incluso se contempla que no se consiga capturar al ladrón entonces se le devolverá lo que ha perdido por el estado.²⁹

²⁶ Bobbio, N. (1987) “*Teoría general del derecho*”, Bogotá, Temis, pp. 45 y ss.

²⁷ Coing, H. (1961) “*Fundamentos filosóficos del derecho*”, Barcelona, Ariel, traducción de Juan Manuel Mauri, pp.63 y ss.

²⁸ Rawls, J. (1986) “*Justicia como equidad. Materiales para una teoría de la justicia*”, Madrid, Tecnos traducción de Miguel Ángel Rodilla y Rawls, J (1997), “*Teoría de la Justicia*”, México: Fondo de Cultura Económica, p. 20.

²⁹ A este respecto podemos citar las siguientes leyes del código de Hammurabi: “Si el bandido no es prendido, el señor (que ha sido) robado declarará oficialmente delante del dios (los pormenores de) lo perdido; después, la ciudad y el gobernador en cuyo territorio y jurisdicción se cometió el bandidaje, le

Por supuesto, que el delito no puede resolverse con una reparación estrictamente material del daño ocasionado, ya que, en sí mismo, es un acto que va contra la esencia de la justicia desde un punto de vista cultural pero sí se apreciaba la idea de que el delito daña a las personas y es necesario mitigar este daño y no solo imponer un castigo para restablecer un cierto equilibrio.

La ley romana de las Doce Tablas (449 a.C.) prescribía el cronograma de pagos en caso de robo de propiedad según cuándo y bajo qué circunstancias el ladrón hubiera robado y entregado los bienes. Estos antecedentes antiguos de normas penales, si bien hablaban de sanciones pecuniarias que tenían que ver más con la reparación del daño que con el castigo, también tenían normas más represivas como la ley del talión³⁰, recogida de forma muy expresiva bajo la frase; “ojo por ojo y diente por diente” esta ley, ha sido vista como ejemplo de la justicia retributiva o punitiva; sin embargo, si tenemos en cuenta los daños corporales o en los daños no intencionados, el beneficio que obtenía el infractor es inferior al perjuicio que causa a la víctima, por lo que, simplemente, se estaría fomentando la compensación a las víctimas.³¹

Por eso, esta norma, supuso un gran avance al ponerse límites a la venganza personal, y a la vez establecer cierta proporcionalidad para las penas.

Esto es similar a lo que ocurría en el caso de delitos violentos³², en los códigos de Medio Oriente, como el código Sumerio de Urnammu (2050 a.C.) y el Código de Eshnunna (1700 a.C.) donde primaba la restitución³³.

Las diferentes religiones tienen mucho que ver también con el origen de la justicia restaurativa pues en todas ellas pueden encontrarse referencias a lo que implica de igual manera que hemos visto en el código de Hammurabi y los anteriores a este.

compensarán (por todo) lo perdido” y “Si un señor roba un buey, un cordero, un asno, un cerdo o una barca, si (lo robado pertenece) a la religión (o) si (pertenece) al estado, restituirá hasta treinta veces (su valor); si (pertenece) a un subalterno lo restituirá hasta diez veces”. Recopilado de <https://thales.cica.es/rd/Recursos/rd98/HisArtLit/01/hammurabi.htm>

³⁰ Parisi, F. (2001) “*The Genesis of Liability in Ancient Law*”, <https://pdfs.semanticscholar.org/8590/1bb77fc8fa288b0dd9b4239c3fb6a297216e.pdf> artículo relacionado con Parisi, F. (1998) “*Customary Law in The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*”, pp. 572-578.

³¹ De esta forma según Benjamín García-Hernández lo que se trataría es de “proponer penas equiparables al daño inferido”, en García-Hernández, B. (2017) “*La ley romana del talión y su base correlativa: antigüedad e innovación*”, *Emérita, Revista de Lingüística y Filología Clásica*, LXXXV 2, pp. 223-239. También podemos destacar el aporte de Delgado, R. (2000) “*Goodbye to Hammurabi: analyzing the atavistic appeal of restorative justice*”, *Stanford Law Review*, 52(4), pp. 751-75.

³² Cámara Arroyo, S. (2011) “*Justicia juvenil restaurativa: marco internacional y su desarrollo en América Latina*”. *Revista de justicia restaurativa* n°1 pp. 8-52.

³³ Van Ness, D. y Heetderks Strong, K. (2014) “*Restoring Justice: An Introduction to Restorative Justice*” Editorial Routledge, pp. 40 y ss.

Así por ejemplo la Biblia está repleta de referencias indirectas a esta forma de ver la justicia, así Lucas 19.8 “Zaqueo se levantó entonces y dijo al señor: Mira Señor, voy a dar a los pobres la mitad de todo lo que tengo y si he robado a alguien le devolveré cuatro veces más”.

Lo mismo se puede decir de otras religiones y culturas, y así como mero ejemplo, una frase realmente restauradora del islam es “ninguno de vosotros puede ser creyente hasta que quiera para su hermano, lo que quiere para sí mismo”.

Y es que este concepto de justicia restaurativa está basado en tradiciones indígenas y de pueblos originarios de Norteamérica, Nueva Zelanda, Australia y Canadá.

Estos pueblos han venido practicando ciertos modos de justicia restaurativa basados en la reparación del daño y la sanación de heridas a través de la discusión y la interacción entre víctima, infractor y comunidad. En estas culturas se establece que cuando una persona realiza un hecho inadecuado para la comunidad, “algo” se rompe y por eso necesita ser saneado, no sólo por el infractor sino por la comunidad y la víctima.

Esta idea de quiebra de los lazos sociales tras el delito está muy relacionada con el derecho antiguo, y que muchos pueblos originarios han mantenido, para esta prima el restablecimiento de la paz social tras el delito, además de la propia reparación del daño a la víctima³⁴. Sus prácticas ancestrales y tradicionales se fueron adaptando al devenir de los tiempos dando lugar a herramientas restaurativas como los tratados de paz o círculos de sentencia, tomados directamente de la esencia tradicional de estas comunidades nativas. Ofrecen un espacio de comunicación a todos los actores relacionados con el hecho para que tomen parte como sujetos actores en la solución de los conflictos mediante el diálogo, se está dando a cada cual lo suyo y así es, cuando se habla en términos de justicia, (a través de un acuerdo adoptado por la víctima e infractor, satisfactorio y de curación de las heridas de la víctima, y de la comunidad y de rehabilitación del infractor el cual deberá reconocer su culpa y prometer no volver a cometer las mismas o similares ofensas que rompan la armonía de la sociedad y generen otras víctimas (se evitaría la reincidencia)³⁵.

³⁴McCold, P. (2103) “*La historia reciente de la justicia restaurativa: mediación, círculos y conferencias*”, (J. Deym trad.) *Delito y Sociedad* 35, pp. 9-44 (año original de publicación 2006).

³⁵ Dickson–Gilmore, E. (1992) “*Finding the ways of the ancestors: cultural change and the invention of tradition in the development of separate legal systems*”, *Canadian Journal of Criminology*, 34(3–4), pp.479–502.

Los clásicos como Aristóteles³⁶, pensaban en esta misma línea que el objeto principal de la justicia es restaurar un orden alterado por una acción ilícita.

Interesante planteamiento que concuerda con el postulado principal de la justicia restaurativa que prima restablecer el equilibrio roto tras el delito antes de solo el castigo al infractor.

El antiguo sistema de leyes irlandesas, se llamaba leyes de Fenechus, leyes de los que cultivan la tierra, pero se conocían por leyes de Brehon, por la palabra breitheamh, que quiere decir juez. Se basaban en los principios de compensación de la víctima y rehabilitación del delincuente.

Las multas y pagos en compensación, así como pérdida de derechos civiles en diferentes grados, eran los castigos principales, en vez del sistema de encarcelamientos, mutilaciones y ejecuciones. Este papel destacado de la víctima, este pensar primero en la persona que sufre el delito, es uno de lo que en la actualidad se exponen como los valores principales de la justicia restaurativa.

Las leyes de Brehon³⁷ son el concepto celta de la justicia y exponen que todas las personas tienen su valía. La justicia no es solo arreglar las injusticias sino también la idea de relacionarse honradamente con otros.

El concepto de justicia tiene en cuenta la imparcialidad y el respeto por todos los demás³⁸. La idea de castigo del delito, administrado por el estado, es extraña para los antiguos juristas irlandeses. La justicia se define como enderezar las injusticias o las acciones correctas para hacer frente, al contrario. Hay dos clases de justicia: la del hombre y de la naturaleza (dios). La justicia del hombre es imperfecta y la de dios es infalible y es nuestra

³⁶ Aristóteles, en su *Política* (Vid. Pol. 1253 a 35-37) establecía una importante analogía entre el orden de la comunidad civil en su conjunto y el concepto de Justicia. Sobre los posibles antecedentes de la Justicia Restaurativa en la filosofía aristotélica, Vid. la reflexión de Carlos Peña, en el Seminario sobre Justicia Restaurativa celebrado en los días 6 y 7 de octubre de 2003, organizado por la Universidad Diego Portales, UNICEF, SENAME y Opción, que recoge María de los Ángeles Solar en su crónica titulada "*Seminario: Justicia Restaurativa con adolescentes infractores de la Ley Penal en el Marco de la Convención de los Derechos del Niño*", publicada en la Revista de Derechos del Niño, N° 2, Santiago de Chile, 2003, p. 253. Remitimos a la crítica de este autor a la postura de Foucault, en: Peña González, Carlos. "*Notas sobre la justificación del uso de sistemas alternativos*" en Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, Año 3, N° 1, 1988, p. 112 y ss.

³⁷ Rothbard, M. N. (1973) "*For a New Liberty. Capítulo 12 Sobre el Sector Público: la policía, las leyes y las cortes*" (R. D. Flores trad.).

https://cdn.mises.org/For%20a%20New%20Liberty%20The%20Libertarian%20Manifesto_3.pdf

³⁸ Domingo de la Fuente, V. (2015) "*La Justicia Restaurativa en sus orígenes: un ejemplo; leyes de Brehon*" consultado 21-3-2018 <http://www.lajusticiarestaurativa.com/2015/05/la-justicia-restaurativa-en-sus.html>.

falta de conocimiento lo que provoca que nosotros creamos que la justicia de dios no se preocupa de por qué o cómo ocurrió una injusticia, o quién era la víctima o cómo sufría. Todo esto demuestra que tenían un concepto de justicia restaurativa basado en el valor con un enfoque equilibrado sobre el delincuente, víctima y comunidad.

El objetivo esencial era determinar el daño resultante de un crimen (darle un valor) determinar lo que tiene que ser hecho para reparar este daño y quién es el responsable de reparar este daño.

Estas leyes eran leyes de usuarios, es decir, obtenían su autoridad de la opinión pública. Eran la expresión del poder moral del pueblo, al que regían. Tal y como propugnamos los que defendemos en la actualidad la justicia restaurativa o reparadora era una justicia más cercana, que tenía en cuenta de forma primordial el daño y daba una oportunidad al infractor de hacer algo constructivo, para así compensar el daño que hizo.

Esta filosofía druida³⁹ se puede resumir en la siguiente frase: *“cada acción trae su consecuencia que debe ser tomada en cuenta y se debe estar preparado para compensar nuestras acciones si así somos requeridos”* ... con esta frase se puede vislumbrar algunos de los valores principales de la justicia restaurativa como son la compensación, participación y responsabilización.

Esta se traduce en su obligación natural, no castigo, de intentar hacer lo correcto porque como bien dice esta filosofía druida, todos estamos conectados y lo que uno hace afecta a los demás para bien o para mal.

En todos y cada uno de los casos, se puede ver cómo el delito en la antigüedad era un daño al ser humano y a la sociedad y los castigos tenían que ver más restablecer el equilibrio que con reafirmar la vigencia de la norma vulnerada. Entendemos que esto, en parte, es debido a que no existía un desarrollo sustancial del derecho ni tampoco “ordenamientos jurídicos” tal y como los entendemos en la actualidad, pero en muchos aspectos creemos que esta forma de hacer justicia era más cercana a las necesidades reales de los afectados, les daba prioridad por encima de las del sistema.

Era la justicia del sentido común, puesto que rara vez había leyes escritas para regir la comunidad, se guiaban por esta justicia en sentido amplio, cada persona sabe la diferencia entre lo justo e injusto.

³⁹ Dillon, S. Aquellas eran leyes, consultado el 1 de marzo de 2019 http://letras-uruguay.espaciolatino.com/aaa/dillon_susana/aquellas_eran_leyes.htm

Como la comunidad (tribu) no ha creado normas, no se siente víctima directa y única del delito (como ocurre ahora) porque se ha vulnerado las leyes que han formulado, sino que por sentido común todo se centra en la persona que ha sufrido un daño y en qué se debe hacer para reponer las cosas al estado antes de sufrir el daño o al menos compensarlo. Por supuesto que la comunidad, las personas que rodean a las partes y familiares también son afectados y víctimas indirectas por eso se deben fomentar la inclusión de ellos en estos procesos restaurativos, para lograr la mejor satisfacción de todos y la paz social.

En la actualidad subsisten muchas prácticas tradicionales, que podemos decir están basadas en conceptos jurídico-filosóficos directamente enraizados con la justicia restaurativa y el delito como violación de las relaciones de las personas más que una vulneración de las normas creadas por el estado. Algunos ejemplos; sawbona shikoba⁴⁰, en algunas tribus africanas cuando alguien hace algo malo, ellos llevan a la persona al centro de la aldea, y toda la tribu se acerca y lo rodea.

Durante dos días ellos le dicen a la persona todas las cosas buenas que él hizo por ellos, o al menos algo bueno que los demás ven en esa persona.

La tribu cree que cada ser humano viene al mundo como un ser bueno. Cada uno de nosotros buscamos la paz, seguridad, amor y felicidad. Pero a veces, en la búsqueda de esas cosas las personas cometen errores y causamos daños. La tribu entonces ve esto, como una solicitud de auxilio.

Por eso, se reúnen para ayudarlo a reconectar con su humanidad y recordarle quién es. “Yo soy bueno”. Sawabona Shikoba! Sawbona es un agradecimiento utilizado en algunas tribus de África del Sur y significa: “Yo te respeto, yo te valoro y eres importante para mí”. En respuesta las personas dicen Shikoba, que es: “Entonces yo existo para vosotros”⁴¹.

Otros ejemplos, son el Ubuntu⁴², puesto en práctica por la comisión de la verdad y la reconciliación⁴³, en Sudáfrica de la mano de Nelson Mandela y que se basa también en el sentimiento de comunidad que se debe fortalecer tras el delito, “yo soy porque nosotros somos.”

⁴⁰ Torrent, L. (2007) “*Sawabona, la tribu africana con una bellísima costumbre*”, consultado el 12 de enero de 2018 <https://muhimu.es/diversidad/sawabona/>

⁴¹ Recuperado de Acua, activos culturales afro, <https://programaacua.org/conoces-el-significado-de-las-palabras-sawabona/>

⁴² Tutu, D.M. (1999) “*No Future Without Forgiveness*”, Nueva York: Doubleday, pp.10 y ss.

⁴³ Wilson, R. A. (2001) “*The Politics of Truth and Reconciliation in South Africa: Legitimizing the Post-Apartheid State*” Cambridge: Cambridge University Press, pp.67 y ss.

Más adelante veremos, muy relacionado con esto, las metodologías más utilizadas para aplicar la justicia restaurativa y que tiene mucho que ver con las prácticas de pueblos indígenas como las mencionadas y que están basadas en el encuentro, la reparación y la responsabilización.

Con el devenir de los tiempos, los ciudadanos han ido abandonando aspectos de su vida y cediéndolos para que los gestione un estado paternalista en exceso, el resultado ha sido una justicia retributiva, como la actual, en la que el estado se apropia casi totalmente del conflicto penal⁴⁴ (ya que el infractor ha violado una norma creada por el estado, éste se siente dañado, faltado al respeto y es necesario castigar al infractor, sin embargo la víctima se olvida por completo, pasa a ser secundaria, casi como un daño colateral) .

Sin lugar a duda, la justicia restaurativa toma ambas ideas, puesto que parte de que las víctimas del delito son todos los que de alguna manera se sientan “tocados” por el crimen, y, por tanto, incluye a víctimas directas e indirectas como la comunidad. Así pues, esta justicia, se centraría en la atención de las necesidades de las víctimas, para las directamente afectadas será importante la reparación no solo moral sino material, pero para las indirectas la comunidad en general, lo imprescindible será, sin lugar a duda, el restablecimiento de la paz social, recuperando el sentimiento de seguridad, que se resquebrajó tras el hecho dañoso. Entendemos que los ejemplos que hemos relatado tienen que ver con estructuras sociales más simples, donde es más fácil acomodar las prácticas restaurativas que tienen muchas veces una base más consuetudinaria que legal, pero creemos que se pueden incorporar muchas de ellas y sobre todo el espíritu que subyace en ellas a nuestro derecho penal y penitenciario como forma de proporcionar una atención más integral a las personas que se ven afectadas por el delito, lo cual no implica que deba ser siempre alternativa al juicio y que la justicia restaurativa se convierta en una suerte de justicia privada.

⁴⁴ Puede que esto haya sucedido porque el estado como depositario de la legitimidad democrática, tomó las precauciones necesarias para eliminar la venganza privada propia de épocas pasadas, sin embargo, creemos que estas precauciones fueron eliminando la capacidad de decidir de las personas y sería aconsejable recuperar parte de este “control”, por ello, la justicia restaurativa podría considerarse un paso para lograrlo.

2. Origen de la justicia restaurativa desde la mirada de la victimología.

Si pensamos en el origen de esta justicia, desde el punto de vista de la victimología, nos tenemos que remontar a Benjamín Mendelsohn⁴⁵ al cual se le atribuye los primeros estudios científicos sobre la víctima en 1947⁴⁶, fecha en la que acuñó el concepto de victimología.

Aunque para otros, el primer tratamiento sistemático de las víctimas surgió en 1948, con el libro de Von Hentig⁴⁷, “el criminal y su víctima”.

En la IV parte de esta monografía bajo el título “contribución de la víctima a la génesis del delito”, Von Hentig criticó el estudio estático unidimensional del delincuente, que dominaba hasta entonces. Sugirió un enfoque, en el que se prestara la misma atención a la víctima y al infractor.

Sea como fuere, ambos autores son considerados los padres de la victimología. También merece recordarse, en este mismo sentido, al psiquiatra estadounidense Frederick Wertham,⁴⁸ en su libro “el espectáculo de la violencia” de 1949. Todos estos autores contribuyeron a los primeros estudios de la víctima, como parte esencial del delito y no subordinada al infractor, ya reclamaban lo que la justicia restaurativa ha venido a corroborar, el mayor protagonismo de la víctima.

Precisamente para el pensamiento victimológico, la inclusión de la víctima y la consideración del sufrimiento ocasionado por el delito se convierte en base fundamental. La justicia restaurativa ha colaborado con este pensamiento victimológico a redefinir el concepto de víctima en el proceso penal frente a la concepción retributiva que había distanciado al delincuente de la víctima, poniendo a esta última como un simple sujeto pasivo.

Un hito esencial para la victimología y los derechos de las víctimas fue la aprobación por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 11 de noviembre de 1985, de la “declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y abuso de poder”.

⁴⁵ Mendelsohn, B. (1981) “*La victimología y las tendencias de la sociedad Contemporánea*”. Revista Ilanud, al día. San José, Costa Rica, año 4, abr.

⁴⁶ El mencionado hito que destacamos tuvo lugar el 29 de marzo de 1947, invitado por la Sociedad de Psiquiatría de Bucarest (Rumania) impartió una conferencia en la que por primera vez habló de victimología.

⁴⁷ Von Hentig, H. (1979) “*The Criminal and his Victim*”. Hamdem, EE. UU.: Ed. Archon Books. Citado, (GARCÍA PABLOS DE MOLINA, 1993, p. 56). En su versión original, Von Hentig, H (1948) “*The criminal and his victim*” Yale University Press. USA.

⁴⁸ Wertham, F (1949) “*The show of violence*”, Doubleday & Company, Inc. Hardcover, p. 230 y ss.

Esta Asamblea, conocedora de la importancia de devolver a las víctimas el protagonismo, declaró: “Conscientes de que millones de personas en todo el mundo sufren daños como resultado del delito y abuso de poder, y que los derechos de estas víctimas no han sido reconocidos, en forma adecuada”.

Sin embargo, estas declaraciones de buenos principios para reconocer a las víctimas, no ha sido muy seguidas por las legislaciones; es cierto que se ha introducido normativa, en todos los estados reconociendo derechos de las víctimas, pero sin duda, ha tenido poca eficacia y poca repercusión práctica. Así Lynn Hederson en su artículo, “los abusos de los derechos de las víctimas⁴⁹” describe muchas carencias inherentes a conceptos básicos, como derechos de las víctimas y advirtió de muchos peligros en las legislaciones. Tal parece, que hay cierto miedo a dar a la víctima más protagonismo dentro del proceso penal.

Siempre se tiende a reconocer sus derechos, pero en relación con el proceso penal, su participación es muy limitada, como se verá posteriormente, esto se ha visto paliado en España, con la ley 4/2015 sobre el Estatuto de la víctima en la que la víctima va a tener una participación durante el proceso penal, lo cual también ha sido objeto de numerosas críticas. En la contribución de la victimología al surgimiento de la justicia restaurativa debemos destacar, aún sin ser victimólogo, a Albert Eglash⁵⁰, que fue un psicólogo americano y en 1958 elaboró el concepto de restitución creativa muy relacionado con el de justicia restaurativa. Este autor decía que *la restitución creativa es una técnica de rehabilitación por la cual se ayuda al infractor bajo supervisión apropiada a encontrar alguna manera de compensar a las personas que han dañado*.

Fue Eglash quién acuñó en 1977⁵¹ el concepto de justicia restaurativa y distinguió tres tipos de justicia penal: retributiva, distributiva y restaurativa. Las dos primeras se centran en el hecho delictivo y niegan la participación de la víctima. La tercera se centra en la reparación de los efectos nocivos del delito y se involucra activamente a todas las partes afectadas.

⁴⁹ Henderson, L.N. (1985) “*The Wrongs of Victims’ Rights*”, Stanford Law Review 37, pp. 937-1021. Reimpreso en 1992 in “*Towards a Critical Victimology*”, E.A. Fattah (ed.). London: Macmillan. New York: St. Martin’s Press.

⁵⁰ Eglash, A. (1958) “*Creative Restitution--A Broader Meaning for an Old Term*”, 48 J. Crim. L. Criminology & Police Sci, p.619 -622. Destacamos otro artículo de referencia del mencionado autor en el que también habla de las raíces religiosas y tradicionales de esta restitución creativa, Eglash, A. (1959) “*Creative restitution: its roots in psychiatry, religion and law*”. British Journal of Delinquency, 10, pp. 114.

⁵¹ Eglash, A. (1977) “*Beyond restitution: Creative Restitution*”. In J. Hudson and B. Galloway (eds.), Restitution in criminal justice (pp. 91–129). Toronto: Lexington Books.

Y una de las personas que más ha contribuido a la potenciación de la figura de la víctima como parte esencial en el proceso penal y que por tanto debemos destacar porque también favoreció con sus postulados el surgimiento de la justicia restaurativa es Nils Christie⁵² quién publicó en el Diario de Criminología británico, un artículo en el que afirmaba que el Estado “ha robado el conflicto entre los ciudadanos”.

Víctima e infractor no pueden explorar el grado de culpabilidad y los efectos reales del suceso en el sistema tradicional de Justicia”.

Esta fue una época prolífica en la defensa de los derechos y el protagonismo de la víctima, postulado esencial para la justicia restaurativa, y junto a Christie otros autores establecieron que la víctima sea ayudada por el delincuente y este debe reparar a la comunidad y a la misma víctima. Demostrará el respeto a los sentimientos de las víctimas y ofrecerá a los infractores una posibilidad para que no se aíslen aún más de la sociedad. Braithwaite,⁵³ en este sentido afirma que “ *la justicia restaurativa es importante para las víctimas y para posibles potenciales y futuras víctimas, por cuanto es o puede ser un proceso constructivo y preventivo, en el que se puede obtener un compromiso mucho más auténtico, de hacer las cosas necesarias para impedir que se produzca otro delito en un futuro, gracias al grado de intimidad en la conversación, que reúne a los afectados por un delito en una comunidad, de dolor por lo que ha sucedido. La justicia restaurativa debe llevar al infractor al remordimiento.* ”

Lejos de quedarse en mera teoría en 1974 en Kitchener, Ontario, se redactó la primera sentencia en la que hubo un enfoque de justicia restaurativa. Se trataba de dos jóvenes, que tras una juerga vandálica dejaron 22 propiedades dañadas, gradualmente pudieron restituir el daño causado.

El éxito de este caso permitió el establecimiento del primer programa de justicia restaurativa en Kitchener, conocido como Programa de reconciliación entre víctima y ofensor⁵⁴.

⁵² Christie, N. (1977) “*Las imágenes del hombre en el derecho penal moderno*”. Instituto criminológico y derecho penal. Universidad de Oslo, pp. 1-19. (Aparecido en Cohen, Hulsman, Mathiesen, Christie y otros, « *Abolicionismo Penal*” (1989) Buenos Aires: Edia, pp. 127-141.

⁵³ Braithwaite, J. (2002) “*Setting Standards for Restorative Justice*”, British Journal of Criminology (42) pp. 563-577.

⁵⁴ En la entrevista a Howard Zehr realizada por Katia Ornelas para el Centro estatal de métodos alternos de solución de controversias se relata las primeras prácticas restaurativas que se hicieron en la década de los años setenta <https://www.pjenl.gob.mx/MecanismosAlternativos/download/Entrevista-Dr.Howard-Zehr.pdf>

En Elkhart, Indiana, el programa fue iniciado en pequeña escala en 1977-78 por agentes de la libertad condicional que aprendieron del modelo de Ontario⁵⁵. Para 1979 este programa se había convertido en la base de una organización no lucrativa llamada “centro para la justicia comunitaria”. Estos modelos se imitaron en lugares como Australia y Nueva Zelanda. En Europa un primer proyecto surgió en Noruega en 1981.

Actualmente, existen iniciativas de esta justicia, en muy diversos lugares del mundo y si bien una de las herramientas más conocidas, es la mediación en materia penal poco a poco empiezan a conocerse otras como las conferencias restaurativas⁵⁶.

3. Teorías que fundamentan la justicia restaurativa.

A) Introducción.

Como hemos visto hasta ahora, los primeros programas o proyecto de justicia restaurativa como tal surgieron en los años setenta, realmente fueron experiencias prácticas⁵⁷ que poco a poco se fueron consolidando con una base más teórica. Como dice Zehr⁵⁸ las teorías en torno a la justicia restaurativa deben responder a ciertas preguntas tales como: “¿Cuál debería ser la respuesta ante un crimen o un acto de injusticia?. ¿Qué se requiere para hacer justicia?. ¿Cómo debemos responder como sociedad ante el delito?”.

Muchos autores han contribuido y siguen contribuyendo a dotar de cierto soporte teórico la justicia restaurativa y sus diferentes herramientas para aplicarla, en los siguientes apartados se van a incluir las que más han sido utilizadas para hablar de justicia restaurativa.

⁵⁵ Empezaron con delitos menos graves y pronto extendieron a otros más graves como agresiones sexuales, a este respecto léase el libro del autor: Yantzi, M. (1998) “*Sexual Offending and Restoration*”. Waterloo, Ontario: Herald Press.

⁵⁶ Existe profusión de materiales sobre esta práctica restaurativa, al respecto destacamos el libro de Alder, C & Wundersitz, J. (1994) “*Family Conferencing and Juvenile. The Way Forward or Misplaced Optimism*” Canberra, Australia: Australian Institute of Criminology.

⁵⁷ De hecho, las primeras prácticas antes de que la palabra justicia restaurativa cobrara importancia fueron la mediación entre víctimas y ofensores (vom:victim-offender mediation; vorp: victim-offender reconciliation program); posteriormente se empezaron a utilizar sobre todo en Australia, el family group Conferencing, que reúne a miembros de la comunidad cercana y también a familiares de víctimas y de ofensores para tratar de hallar juntos una acción de respuesta al daño; y los círculos de apoyo y responsabilidad (cosa: circles of support and accountability) surgidos en Canadá y basados en un programa de voluntariado específicamente formado para el acompañamiento de los ofensores sexuales desde los primeros estadios de su puesta en libertad hasta los siguientes dos años.

⁵⁸ Zehr, H. (2007) “*El pequeño libro de la justicia restaurativa*”, https://www.icbf.gov.co/sites/default/files/el_pequeno_libro_de_la_justicia_restaurativa.pdf, pp.5.

Algunas explican el funcionamiento de la justicia restaurativa en contraposición con la justicia más punitiva, y otras tienen más que ver con los comportamientos de los infractores y cómo con la justicia restaurativa se va a canalizar los aspectos negativos dándoles una oportunidad para reflexionar y querer no reiterar conductas violentas⁵⁹.

Las diferentes teorías que se van a examinar servirán para que los científicos sociales puedan evaluar estos conceptos teóricos y su validez para explicar y predecir los resultados de las prácticas de justicia restaurativa⁶⁰.

Son, por tanto, necesarias para dotar de una bases y fundamentación teórica, la práctica realizada desde los años setenta en diversos lugares del mundo y así legitimarlas y poder replicarlas. De la misma manera, servirán para que los legisladores puedan recogerlas como motivación para la regulación de la justicia restaurativa en el ámbito penal y penitenciario.

B) Teoría de la ventana de la disciplina social (Ted Watchel y Paul McCold)⁶¹

El postulado fundamental de la justicia restaurativa para estos autores es que el delito perjudica a las personas y las relaciones y que la justicia necesita la mayor subsanación posible del daño. De esta premisa básica, surgen preguntas clave: ¿quién es el perjudicado, ¿cuáles son sus necesidades y cómo se pueden satisfacer dichas necesidades?.

La justicia restaurativa es un proceso de colaboración que involucra a las “partes interesadas primarias,” es decir, a las personas afectadas de forma más directa por un delito, en la determinación de la mejor manera de reparar el daño causado por el delito. Pero ¿quiénes son las partes interesadas primarias en la justicia restaurativa y cómo deben participar en la búsqueda de la justicia?.

⁵⁹En este sentido la recomendación CM/Rec (2018)8 del Comité de ministros a los Estados miembros en materia de justicia restaurativa penal*(Adoptada por el Comité de ministros el 3 de octubre de 2018 en la 1326 reunión de los delegados de los ministros), aun no siendo vinculante ha venido a avalar las teorías existentes sobre justicia restaurativa y la recomendación de su uso, así como las diferentes prácticas a los estados miembros.

⁶⁰ Galaway, B. (1998) “*Evaluating Restorative Community Justice Programs*” (Evaluando los programas restaurativos de justicia en la comunidad). Denver: El Foro en Colorado sobre Comunidad y Justicia Restaurativa.

⁶¹ McCold, P. y Watchel, T. (2003) “*Ponencia presentada en el XIII Congreso Mundial sobre Criminología*”, en Río de Janeiro. 10 abril de 2018, última consulta. <https://www.iirp.edu/forum-archive/en-busca-de-un-paradigma-una-teori-a-sobre-justicia-restaurativa>

La teoría de justicia restaurativa que se propone cuenta con tres estructuras conceptuales distintas pero relacionadas: la ventana de la disciplina social (Wachtel 1997, 2000; Wachtel & McCold 2000), la función de las partes interesadas (McCold 1996, 2000), y la tipología de las prácticas restaurativas (McCold 2000; McCold & Wachtel, 2002). Cada una de ellas, a su vez, explica el cómo, qué y quién de la teoría de justicia restaurativa.

(a) Ventana de la disciplina social



Figura 1. Ventana de la disciplina social. (Wachtel 1997, 2000; Wachtel & McCold 2000).

Toda persona en la sociedad con un papel que suponga autoridad enfrenta opciones al decidir cómo mantener la disciplina social: los padres que educan a sus hijos, los maestros en las aulas, los empleadores que supervisan a los empleados o los profesionales de la justicia, que actúan ante los delitos.

Hasta hace poco, las sociedades occidentales se basaban en el castigo, generalmente percibido como la única manera eficaz de disciplinar a aquellas personas que proceden mal o cometen un delito. El castigo y otras opciones están ilustrados en la ventana de la disciplina social (Figura 1), la cual se genera mediante la combinación de dos secuencias: “control,” imponer limitaciones o ejercer influencia sobre otros, y “apoyo,” enseñar, estimular o asistir a otros.

Por razones de simplicidad, las combinaciones de cada una de las dos secuencias se limitan a “alto” y “bajo.” Un control social alto se caracteriza por la imposición de límites bien definidos y el pronto cumplimiento de los principios conductuales.⁶²

Un control social bajo se caracteriza por principios conductuales imprecisos o débiles y normas de conducta poco estrictas o inexistentes.

Un apoyo social alto se caracteriza por la asistencia activa y el interés por el bienestar. Un apoyo social bajo se caracteriza por la falta de estímulo y la mínima consideración por las necesidades físicas y emocionales.

Mediante la combinación de un nivel alto o bajo de control, con un nivel alto o bajo de apoyo la ventana de la disciplina social define cuatro enfoques para la reglamentación de la conducta: punitivo, permisivo, negligente y restaurativo.

El enfoque punitivo, con control alto y apoyo bajo, se denomina también “retributivo.” Tiende a estigmatizar a las personas, marcándolas indeleblemente con una etiqueta negativa. El enfoque permisivo, con control bajo y apoyo alto, se denomina también “rehabilitativo” y tiende a proteger a las personas para que no sufran las consecuencias de sus delitos. Un control bajo y un apoyo bajo son simplemente negligentes, un enfoque caracterizado por la indiferencia y la pasividad.

El **enfoque restaurativo**⁶³, con control y apoyo altos, confronta y desaprueba los delitos, al tiempo que ratifica el valor intrínseco de los infractores.

La esencia de la justicia restaurativa es la resolución de problemas de manera colaboradora. Las prácticas restaurativas brindan una oportunidad para que aquellas personas que se hayan visto más afectadas por un incidente se reúnan para compartir sus sentimientos, describir cómo se han visto afectadas y desarrollar un plan para reparar el daño causado o evitar que ocurra nuevamente. El enfoque restaurativo es reintegrativo y permite que el infractor rectifique y se quite la etiqueta de delincuente.

⁶² McCold, P., & Wachtel, T. (2002) “*Restorative justice theory validation*” [Validación de la teoría de justicia restaurativa]. En E. Weitekamp and H-J. Kerner (Eds.), “*Restorative Justice: Theoretical Foundations*”. Devon, UK: Willan Publishing, pp.110-142.

⁶³ En este sentido esta teoría elaborada en su totalidad por los dos autores mencionados Watchel y McCold, es ampliamente utilizada por el International Institute for Restorative practices sobre todo en el ámbito escolar, es la característica que distingue esta teoría de las demás que se expondrán, y tiene que ver con su uso más extendido para conflictos escolares más graves y como forma de prevención.

Cuatro palabras sirven como referencia para distinguir los cuatro enfoques: NO, POR, AL y CON. Si el enfoque es negligente, NO se hará nada en respuesta a la conducta delictiva. Si es permisivo, se hará todo POR el delincuente, pidiendo poco a cambio y a menudo tratando de justificar el delito. Si es punitivo, se responderá haciéndole algo AL delincuente, amonestándolo y castigándolo, pero esperando poca participación reflexiva o activa por parte del infractor.

Si es restaurativo, se comprometerá CON el infractor y otras personas, fomentando una participación reflexiva por parte del infractor e invitando a todas aquellas personas afectadas por el delito a participar directamente en el proceso de subsanación y de aceptación de responsabilidad. El compromiso cooperativo es un elemento fundamental de la justicia restaurativa⁶⁴.

(b) Función de las partes interesadas.

	Daño	Necesidades	Respuestas
PARTES INTERESADAS PRIMARIAS			
Víctima(s)	directo	específicas	activa(s)
Delincuente(s)	directo	específicas	activa(s)
Familias+	directo	específicas	activa(s)
PARTES INTERESADAS SECUNDARIAS			
Vecinos+	indirecto	colectivas	de apoyo
Funcionarios+	indirecto	colectivas	de apoyo

(McCold 1996, 2000)

La segunda estructura de esta teoría de justicia restaurativa, las funciones de las partes interesadas (Figura 2), relaciona el daño ocasionado por el delito, con las necesidades específicas de cada parte interesada, que surgieron a partir de dicho delito y con las respuestas restaurativas necesarias para satisfacer dichas necesidades.

⁶⁴ O'Connell, T, Wachtel, B y Wachtel, T. (1998) "Conferencing handbook: new real Justice training Manual". Editorial: Piper's Press (1622) pp. 33y ss.

Esta estructura causal diferencia los intereses de las partes interesadas primarias -aquellas personas más afectadas por un delito específico- de los de las personas indirectamente afectadas. Las partes interesadas primarias son, principalmente, las víctimas y los infractores, puesto que son las partes más afectadas directamente.

Pero aquellos que tienen una conexión afectiva⁶⁵ importante con la víctima o el infractor, como, por ejemplo, padres, cónyuges, hermanos, amigos, maestros o compañeros de trabajo, también se ven directamente afectados. Ellos constituyen las comunidades de apoyo de las víctimas y los infractores.

El daño ocasionado, las necesidades creadas y las respuestas restaurativas de las partes interesadas primarias son específicas del delito en particular y exigen una participación para lograr el mayor nivel de subsanación.

Las partes interesadas secundarias incluyen a aquellas personas que viven cerca o a aquellas que pertenecen a organizaciones educativas, religiosas, sociales o comerciales cuya área de responsabilidad o participación, abarca el lugar o las personas afectadas por el incidente. Toda la sociedad⁶⁶, representada por funcionarios del gobierno, constituye también una parte interesada secundaria.

El daño causado a ambos grupos de partes interesadas secundarias es indirecto e impersonal, sus necesidades son colectivas e inespecíficas, y su mayor respuesta restaurativa, es apoyar los procedimientos restaurativos, en general. Todas las partes interesadas primarias necesitan una oportunidad para expresar sus sentimientos y participar en la decisión sobre la manera de reparar el daño. Las víctimas se ven perjudicadas por la pérdida de control que sufren como consecuencia del delito. Necesitan recuperar un sentido de dominio personal.

Esta obtención de control personal es lo que transforma a las víctimas en sobrevivientes.

Los delincuentes dañan sus relaciones con sus propias comunidades de apoyo traicionando la confianza⁶⁷.

⁶⁵ En este sentido la importancia que tiene para la justicia restaurativa la participación siempre que sea posible y la atención a las necesidades de las comunidades de apoyo, ha venido siendo corroboradas por estos autores y muchos otros como Zehr, en diferentes libros y artículos. De hecho, como se verá, la práctica más versátil para muchos son los círculos que por su propia definición incluyen a esta comunidad de apoyo.

⁶⁶ Watchel, T. (1998) *“Real justice, how can we revolutionize our response to wrongdoing”*. Editorial Piper's Press, pp. 10 y ss.

⁶⁷ McCold, P. (1996) *“Restorative justice and the role of community”*. En B. Galaway & J. Hudson (Eds.) *Restorative Justice: International Perspectives*. Monsey, NY: Criminal Justice Press, pp. 85-102.

Para recobrar esa confianza, necesitan obtener control personal para asumir la responsabilidad por el delito cometido. Sus comunidades de apoyo satisfacen sus necesidades asegurando que se haga algo con respecto al incidente, que se reconozca su carácter erróneo, que se tomen medidas constructivas para evitar que ocurran otros delitos y que las víctimas y los delincuentes se reintegren en sus respectivas comunidades.

Las partes interesadas secundarias, aquellas personas que no se encuentran emocionalmente vinculadas a las víctimas o los delincuentes específicos, no deben despojar del conflicto a aquellos a quienes les pertenece interfiriendo en la oportunidad de subsanación y reconciliación. La respuesta más restaurativa para las partes interesadas secundarias es apoyar y facilitar los procedimientos⁶⁸ en los que las partes interesadas primarias deciden por ellas mismas el resultado del caso.

Dichos procedimientos reinsertarán a las víctimas y los delincuentes y al mismo tiempo fortalecerán a la sociedad civil mediante la optimización de la cohesión social y la obtención de control personal y mejoramiento de la capacidad de los ciudadanos para resolver sus propios problemas.

(c) Tipología de las prácticas restaurativas.

La justicia restaurativa es un proceso que involucra a las partes interesadas primarias en la decisión sobre la mejor manera de reparar el daño ocasionado por un delito.

Las tres partes interesadas primarias en la justicia restaurativa son las víctimas, delincuentes y sus comunidades de apoyo, cuyas necesidades son, respectivamente, lograr la reparación del daño, asumir la responsabilidad y llegar a un acuerdo⁶⁹.

El grado en que las tres partes participan en intercambios emocionales significativos y la toma de decisiones, es el grado según el cual toda forma de disciplina social puede ser calificada como completamente restaurativa. El intercambio emocional necesario para satisfacer las necesidades de todas aquellas personas directamente afectadas no puede tener lugar con la participación de un solo grupo de partes interesadas.

⁶⁸ De ahí que, como se verá, las prácticas restaurativas más inclusivas implican la participación tanto de las partes interesadas primarias como las secundarias. En este sentido, los círculos y las conferencias, más usadas en Australia y los países anglosajones, tienen en cuenta las necesidades de la comunidad como víctima indirecta.

⁶⁹ McCold, P., & Wachtel, T. (2002) "Restorative justice theory validation". En E. Weitekamp and H-J. Kerner (Eds.) "Restorative Justice: Theoretical Foundations". Devon, UK: Willan Publishing, pp. 110-142. También citado por McCold, P. (2000) "Toward a mid-range theory of restorative criminal justice: A reply to the Maximalist model". Contemporary Justice Review, 3(4), pp.357-414.

Los procesos más restaurativos, como los círculos incluyen la participación de los tres grupos de partes interesadas⁷⁰.

Cuando las prácticas de la justicia penal incluyen sólo a un grupo de partes interesadas⁷¹ primarias, como en el caso del resarcimiento económico para la víctima por parte del gobierno, el proceso sólo se puede llamar parcialmente restaurativo.

Cuando un procedimiento como el de la mediación entre víctima y delincuente, incluye dos partes interesadas principales, pero excluye a las comunidades de apoyo, el proceso es mayormente restaurativo.

El proceso es completamente restaurativo sólo cuando los tres grupos de partes interesadas primarias participan activamente, como por ejemplo en reuniones de restauración o círculos⁷².

(d) Conclusión

La teoría conceptual aquí presentada proporciona el marco para una respuesta global al cómo, qué y quién del paradigma de justicia restaurativa. Así: la ventana de la disciplina social describe la manera en que el conflicto o delito se puede transformar en colaboración.

La estructura de las funciones de las partes interesadas demuestra que la reparación del daño emocional y relacional requiere la obtención de control personal de las partes interesadas primarias, aquellas personas afectadas de forma más directa.

La tipología de las prácticas restaurativas demuestra el motivo por el cual la participación de las víctimas, los delincuentes y sus comunidades de apoyo es necesaria para reparar el daño causado por el acto delictivo. Un sistema de justicia penal y penitenciario que solamente imparte castigos a los delincuentes y excluye a las víctimas, no encara las necesidades emocionales y relacionales de aquellas personas que se vieron afectadas por el delito. En un mundo donde las personas se sienten cada vez más alienadas, la justicia restaurativa restablece y desarrolla sentimientos y relaciones positivas.

⁷⁰ Pranis, K, Stuart, B y Wedge, M. (2003) “*Peacemaking Circles: From Crime To Community*”. Editorial: Living Justice Pr, pp.128 y ss

⁷¹ Esto viene a corroborar la idea de que pueden existir programas individuales que trabajen solo con víctimas, ofensores o solo con la comunidad. En este sentido cabe destacar la labor de compañeros en México que trabajan con familiares de personas desaparecidas. O el trabajo que estamos realizando solo con ofensores privados de libertad dentro del centro penitenciario de Burgos. Véase <https://elcorreodeburgos.elmundo.es/articulo/burgos/prision-desarrolla-programa-piloto-basado-justicia-restaurativa/20190526053000287453.amp.html>

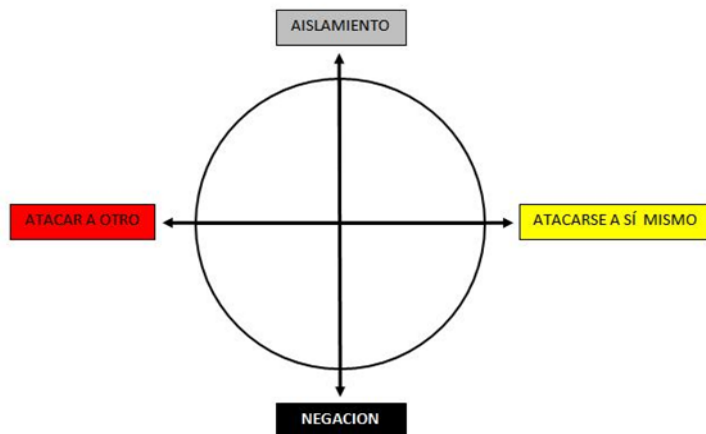
⁷² Bazemore, G. y Griffiths, C. T. (1997) “*Conferences, Circles, Boards, and Mediations: Scouting Community Justice Decision. Making the ‘New Wave’ of Approaches*”. Federal Probation 61 (June), pp. 25-38.

Un sistema restaurativo de justicia penal y penitenciario podría apuntar no sólo a reducir la cantidad de delitos, sino también a disminuir el impacto de estos. Al menos la función reparadora sería muy importante.

Obviamente en la actualidad no existen estadísticas suficientes para corroborar esta afirmación pero sí podría ser una oportunidad de cambiar la mirada con la que vamos a gestionar el delito, eso sí, sin dejar el derecho penal y penitenciario de lado sino combinando ambos enfoques.

La capacidad de la justicia restaurativa, de tratar estas necesidades emocionales y relacionales y de comprometer a los ciudadanos en el proceso puede ser un aspecto importante para este cambio de lente en el que se favorezca la mejor atención a las necesidades de las víctimas y se dé una oportunidad a los infractores para responsabilizarse de esta reparación⁷³.

C) La brújula de la vergüenza de Nathanson.



(Nathanson, 1992).

Suele ser lógico que el infractor no reconozca a priori el delito, y por esta negación del delito, solemos juzgar al infractor, sin pararnos a pensar que en alguna ocasión lo que puede suceder es que la vergüenza los impida reconocer que causó un daño.

Parece claro que la vergüenza juega un papel importante en la psicología humana y las interacciones. Así que la vergüenza se da en todas las sociedades.

⁷³ En este sentido la Asamblea General de las Naciones Unidas en resolución 40/34 del 29 de noviembre de 1985, párr. 7: “Se utilizarán, cuando proceda, mecanismos oficiosos para la solución de controversias, incluidos la mediación, el arbitraje y las prácticas de justicia consuetudinaria o autóctonas, a fin de facilitar la conciliación y la reparación en favor de las víctimas”. Recuperado de <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/victimsofcrimeandabuseofpower.aspx>

Sin embargo, los investigadores sugieren que la vergüenza en las tendencias racionalistas de la sociedad occidental nos ha llevado a negar o ignorar la vergüenza. Como resultado, tenemos que rara vez se habla de vergüenza y si se hace, es casi de modo figurado.

Por eso, la vergüenza pasa a la clandestinidad⁷⁴, sin dejar de operar, pero a menudo de manera negativa. La vergüenza puede ser positiva, cuando nos motiva a hacer lo correcto, es decir, cuando modificamos nuestro comportamiento para dejar atrás la vergüenza.

Pero la vergüenza es esencialmente una amenaza para nuestra autoestima y cuando el estigma vergüenza entra en juego, nos debilita⁷⁵.

De hecho, la vergüenza juega un papel importante en la mayoría de los infractores, así como en la forma en los que ofenden, experimentan la justicia. Una respuesta negativa especialmente relevante aquí es la formación de lo que los criminólogos han llamado subculturas de delincuentes.

Cuando nos enfrentamos a la vergüenza, es posible unirse a otros que han sido avergonzados, y luego revertir los valores: para nuestro hipotético grupo, lo que la sociedad llama valores malos son de hecho positivos para nosotros.

Esta es la raíz del "código de la calle" tan común en la América urbana. El código es, como sociólogo Elíhaj Anderson ha escrito (1999), una manera de negociar el respeto en un mundo de valores al revés. En este contexto, por ejemplo, uno puede ganar el respeto por ir a prisión o actuar con violencia.

También, a menudo, desempeña un papel significativo, en el trauma de las víctimas y las formas negativas, en que a menudo experimentan la justicia. Este entendimiento de vergüenza proporciona una explicación fundamental, de por qué las víctimas de un crimen frecuentemente tienen una gran sensación de vergüenza, aun cuando el agresor fue quien cometió el delito⁷⁶.

Donald Nathanson⁷⁷ ha identificado una "brújula" de la vergüenza. Los cuatro polos de la brújula de la vergüenza y los comportamientos asociados a ellos, según este autor son los siguientes:

⁷⁴ Anderson, E. (1999) "*Code of the Street*". New York: W.W. Norton & Company, pp. 53 y ss.

⁷⁵ Tomkins, S. S. (1987). Shame. In D. L. Nathanson (Ed.), *The many faces of shame*. The Guilford Press, pp. 133-161.

⁷⁶ Angel, C. (2005) "*Crime victims meet their offenders: Testing the impact of restorative justice conferences on victims' post-traumatic stress symptoms*", Ph.D. thesis. University of Pennsylvania. Retrieved November 7, from University of Pennsylvania - Electronic Dissertations.

⁷⁷ Nathanson, D. (1994) "*Shame and pride: affect, sex and the birth of the self*". Paperback. Nortons, pp. 122 y ss.

- Aislamiento - aislarse de los demás, correr y esconderse.
- Ataque a uno mismo – auto degradarse, masoquismo.
- Negación – denegar, abusar de las drogas, distraerse buscando emociones intensas.
- Ataque a otros – revertir la situación, arremeter contra otros, verbal o físicamente, culpar a los demás.

Respecto de las víctimas, la vergüenza muchas veces las lleva al aislamiento, o al ataque a uno mismo. Pero también sucede en los infractores y el sentimiento de vergüenza en ocasiones, lleva a los infractores a negar el delito y revertir la situación atacando a los demás y culpándolos de sus propios actos.

Nathanson⁷⁸ comenta que “Las prácticas restaurativas, por su naturaleza misma proporcionan una oportunidad para que expresemos nuestra vergüenza junto con otras emociones, y al hacerlo, reduzcamos su intensidad. En las reuniones restaurativas, por ejemplo, las personas normalmente pasan de los afectos negativos, a través del afecto neutral hasta los afectos positivos”. El énfasis dentro de los procesos restaurativos debe estar en ser conscientes de la dinámica de la vergüenza y en la búsqueda de maneras de manejar la vergüenza - en formas que la vergüenza, se podría suprimir o incluso, a través de la reafirmación y la reparación, se puede sustituir por un sentimiento de orgullo o logro.

En el caso del infractor⁷⁹, la idea es que el infractor vea que el delito no simplemente pasó sino que él/ella provocó que pasara, pero a partir de ahí, revertir el sentimiento negativo de la vergüenza, en otros más positivos que le lleven, como hemos comentado, a un sentimiento de hacer lo correcto, de que a pesar del daño causado, ha tenido la oportunidad de enmendar el daño y que por eso será mirado por lo bueno que haga desde ese momento en adelante. Por eso, una de las formas en que se puede valorar el trabajo del facilitador restaurativo es cómo maneja el sentimiento de vergüenza, durante el proceso para transformarla por otros sentimientos más positivos.

Y mientras que la vergüenza es un factor, hay otros sentimientos más significativos como el reconocimiento, la empatía y la disculpa. El resultado final es el respeto (Zehr, 2012).

⁷⁸ Nathanson, D. (1998) “*From empathy to community*”. Paper presented to the First North American Conference on Conferencing, Minneapolis, MN, USA.

⁷⁹ Lee, R y Wheeler, G. (1996) “*The Voice of Shame: Silence and Connection in Psychotherapy*”. Gestaltpress, pp. 100 y ss.

Durante un proceso restaurativo, lo que marca la diferencia es el respeto de los afectados por el delito al proceso en sí mismo, que los lleva a respetarse a ellos mismos, tanto al infractor, el cual puede pasar de la vergüenza al sentimiento de que ha hecho lo correcto y la víctima, que deja los sentimientos de humillación por los de sentirse respetadas y escuchadas.⁸⁰

D) La vergüenza reintegrativa de John Braithwaite.

La vergüenza reintegrativa es un concepto acuñado por John Braithwaite⁸¹ y que está íntimamente relacionado con la justicia restaurativa.

Braithwaite⁸² discute la diferencia entre estas dos formas de “vergüenza”. La “vergüenza” en su contexto general es un proceso social para expresar desaprobación con la intención o efecto de invocar remordimiento en la persona a quien se avergüenza, y/o censura de parte de los demás que se enteran de la situación vergonzante.

En muchas sociedades el propósito de “vergüenza” formal es puramente un elemento de disuasión, una forma de castigo. Generalmente la vergüenza tiene un efecto real en el proceso informal de vergüenza de los individuos dentro de comunidades independientes involucradas.

Esto nos lleva a la bifurcación clave en la identificación de la “vergüenza”.

La “vergüenza reintegrativa”⁸³ consta de vergüenza seguida por esfuerzos de reintegrar al infractor de nuevo a la comunidad respetuosa de la ley, o respetable, y a la ciudadanía a través de palabras o gestos de perdón. La vergüenza y la reintegración no se presentan simultáneamente, sino en forma subsiguiente. Cuando la reintegración se presenta antes de que la desviación adquiera un estatus importante. La vergüenza etiqueta a los actos como malos mientras se lucha por conservar la identidad del infractor como esencialmente buena.

La “estigmatización” es vergüenza desintegrativa en la que no se hace ningún esfuerzo por reconciliar al infractor con la comunidad. Al infractor se le margina de la sociedad. Se permite que su desvío adquiera un estatus importante.

⁸⁰ Respecto al tema destaca el trabajo de los autores: Zehr, H, MacRae, A, Pranis, K, Stutzman Amstutz, L. (2015) *“The Big Book of Restorative Justice: Four Classic Justice & Peacebuilding Books in One Volume”* (Justice and Peacebuilding). Editorial Good Books.

⁸¹ Braithwaite, J. (2002) *“Setting Standards for Restorative Justice”*, British Journal of Criminology (42) pp. 563-577.

⁸² Braithwaite, J. (1989) *“Crime, Shame and Reintegration”*, Cambridge, Univ. Press, Redwood, Ltd. London, pp. 226.

⁸³ Braithwaite, J. (2000) *“Shame and criminal justice”*. Canadian Journal of Criminology and Criminal Justice, 42, 3, 281-298. Traducido por José Deym.

Las ceremonias de degradación no son secundadas por ningún esfuerzo por reintegrar al infractor.⁸⁴

El infractor continúa vinculando la vergüenza en forma casual con ciertos grupos dentro de la sociedad. La siguiente definición es importante.

Las “subculturas criminales”⁸⁵ son conjuntos de racionalizaciones, y normas de conducta, que se agrupan para apoyar al comportamiento delictivo.

Los grupos subculturales criminales⁸⁶ proporcionan apoyo social al delito en muchas formas, proporcionándoles a sus miembros oportunidades y valores criminales que debilitan a los valores convencionales de la sociedad respetuosa de la ley.

“Interdependencia” y el “comunitarismo”, son los conceptos clave de la teoría de Braithwaite.

Para Braithwaite⁸⁷ “la “interdependencia” es una condición de los individuos. Se refiere al grado de participación de los individuos en redes, dentro de las que dependen entre sí para alcanzar objetivos que ellos valoran, y en las que los demás dependen de ellos. El “comunitarismo” es una condición de la sociedad. En las sociedades comunitarias los individuos están densamente enmarañados en interdependencias que tienen las cualidades especiales de mutua ayuda y confianza.

Las dependencias invocan la obligación personal ante los demás dentro de una comunidad de interés común, más que las interdependencias de conveniencia”.

Braithwaite⁸⁸ postula que una serie de circunstancias de la vida tiene un impacto en los niveles de interdependencia de los individuos, y las proporciones de los miembros interdependientes dentro de una comunidad afecta a su comunitarismo.

Estas circunstancias crean una atmósfera de la sociedad en la que la vergüenza es un poderoso elemento de fuerza disuasoria.

⁸⁴ Op. Cit. Braithwaite, pp, 283.

⁸⁵ Braithwaite, J. (1991) “*Poverty, Power, White-Collar Crime and the Paradoxes of Criminological Theory*”. Australian and New Zealand Journal of Criminology, 24: pp.40-58.

⁸⁶ Respecto de las subculturas criminales destaca la teoría de Stanley Cohen, que trajo a debate lo que llamó el “pánico moral”, aunque fue elaborada a mediados de los años setenta tiene vigencia en la actualidad pues trata de cómo los medios de comunicación y otros grupos definen a determinados colectivos como amenaza a los intereses sociales. Tiene mucho que ver con la idea que nos suelen transmitir los medios de que hay gran cantidad de delitos y así generar en el ciudadano el sentimiento de inseguridad que frecuentemente está alejado de la realidad. Al respecto, citamos la versión actualizada en Cohen, S (2017) “*Demonios populares y “pánicos morales”, delincuencia juvenil, subculturas, vandalismo, drogas y violencia*”. Barcelona. Editorial Gedisa, pp. 245 y ss.

⁸⁷ Op. Cit. Braithwaite, pp, 283 y ss.

⁸⁸ Braithwaite, J. (2000) “*Shame and criminal justice*”. Canadian Journal of Criminology and Criminal Justice, 42, 3, pp. 281-298. Traducido por José Deym.

En algunas culturas, como la japonesa, el poder de la vergüenza mantiene el delito a un nivel sorprendentemente bajo considerando el ambiente densamente poblado.

La vergüenza reintegrativa apoya el desarrollo del comunitarismo, con la reintegración de los individuos que se apartan de la comunidad, al mismo tiempo que los retiene como miembros interesados y participativos de la sociedad.

La estigmatización, aunque considerada por algunos como un “castigo justo” tiene el efecto de apoyar el desarrollo de una subcultura delictiva.⁸⁹

En la sociedad occidental hemos desarrollado los procesos judiciales que proporcionan una forma estigmatizada de vergüenza. Hemos desarrollado la premisa de “ojo por ojo” que apuntala a la perspectiva tradicional de “justicia”, aunque el castigo es casi siempre proporcionalmente menor al delito. A los infractores a quienes se condena se les etiqueta como “delincuentes sin posibilidad de reinserción.”

La “vergüenza reintegrativa”⁹⁰ parece regresar a los principios que existían antes del desarrollo de la sociedad compleja en la que el estado ha asumido la responsabilidad de juzgar a sus miembros.

En esta sociedad pre-compleja todos sus miembros eran independientes. Cualquier fechoría afectaba a aquellos de quienes dependía quien cometía la fechoría. Había valor en avergonzar al infractor al mostrarle a la persona a quién había dañado y esto evitaría que se volviera a hacer daño.

Pero también había valor en que la persona que se había apartado regresara a la comunidad⁹¹, porque seguía teniendo valor que contribuir para el bien común.

La principal conclusión de esta teoría es que la vergüenza reintegrativa desapruueba el acto ilícito, (el delito) pero respeta al infractor, estigmatiza el mal, pero no a la persona que hay detrás frente a la vergüenza estigmatizante que lo que hace es reprobar el acto dañoso, a través de humillar al infractor que lo ha ocasionado.

⁸⁹ En esta misma línea y con relación a la brújula de la vergüenza de Nathanson, hablamos de Anderson (1999) y el mundo de valores al revés que se crean en los “códigos de la calle”. Utilizadas en maras, pandillas y otras asociaciones ilícitas.

⁹⁰ Makkai, T. y Braithwaite, J. (1994) “*Reintegrative Shaming and Compliance with Regulatory Standards*”, *Criminology*, 32: pp. 361-385.

⁹¹ En este momento cabe recordar los orígenes de la justicia restaurativa y como en esencia en la actualidad ciertas tribus africanas mantienen conceptos de vergüenza reintegrativa, ya que su justicia no se basa en los juzgados y en las leyes sino en ciertas tradiciones muy enraizadas en ideas claves de la justicia restaurativa

Esta vergüenza reintegrativa tiene mucho que ver con la justicia restaurativa pues busca la responsabilización del infractor, que la persona que ha causado un daño, sé de cuenta del impacto de su conducta. Nos movemos entre el reconocimiento y la responsabilización.

Además, en todo esto, tiene importancia la participación de lo que Watchel⁹² llamo partes interesadas primarias que es además de la víctima y el infractor, los familiares y/o apoyos de ambos. Y es que como decía, Braithwaite⁹³ “es la vergüenza de los ojos de los que te quieren, los que te puede hacer cambiar”.

Esto implica que siempre que sea posible se potenciará la participación e implicación de la familia⁹⁴ en la gestión del delito y su forma de abordarlo.

(A este respecto, nos remitimos a lo que se ha expuesto anteriormente con la teoría de la ventana de la disciplina social y la función de las partes interesadas).

Para muchos, el hecho de haber cometido un delito y causar un daño a otra persona, implica también que han perdido la confianza de sus seres queridos, piensan que sus allegados, ya no confían en ellos, que les repudian, y que no los ven capaces de hacer algo bueno. Estos sentimientos pueden "minar" la conducta de la persona que cometió el delito, especialmente si es joven y rehusarse a responsabilizarse y asumir lo que ha ocasionado⁹⁵.

Sin embargo, esto puede cambiar, si la persona siente apoyo de sus allegados, éstos le van a reprochar su conducta, pero a la vez, le van a decir que, si quiere cambiar, va a tener una oportunidad y ellos le van a apoyar. Se va a estigmatizar al "pecado" pero no al pecador, y esto supone una puerta abierta para el futuro.

Sus familiares, le ofrecen una "vía" para recuperar la confianza en él, y que puedan ver que es alguien capaz de realizar acciones positivas y productivas. La mejor forma de que el infractor pueda recuperar la confianza de sus seres queridos es a través de la responsabilización, y sobre todo a través de que asuma su deber de hacer lo correcto.

⁹² Wachtel. T. (2000) “*Restorative practices with high-risk youth*”. En G. Burford & J. Hudson (Eds.). *Family Group Conferencing: New Directions in Community Centered Child & Family Practice*, Hawthorne, NY: Aldine de Gruyter, pp.86-92.

⁹³ Braithwaite, J. (2002) “*Setting Standards for Restorative Justice*”, *British Journal of Criminology* (42) pp. 563-577.

⁹⁴ Griffiths, J. (1970) “*Ideology in Criminal Procedure. A Third Model/lile Criminal Process*”. *Yale Law Journal*, 79, pp. 359-417.

⁹⁵ En este sentido, cobra importancia, las técnicas de neutralización de Sykes, G y Matza, D. (1988) “*Techniques of neutralization*” in J.M. Henslim (ed) *Down to Earth Sociology, Introductory Readings*, Free Press. New York en relación con Sykes, G. and Matza, D. (1957) “*Techniques of neutralization: a theory of delinquency*”. *American Sociological Review* 22 (6), pp. 664-670.

El ser humano puede "fallar", puede hacer cosas mal, pero todos merecemos una segunda oportunidad.

Sin duda, para muchos infractores, especialmente jóvenes, lo más duro es pensar que cuando sus seres queridos se enteren de lo que ha hecho, les van a dar la espalda y no van a volver a confiar en ellos, a través de procesos restaurativos, más participativos como las conferencias o los círculos, va a sentir el reproche, pero también el apoyo de no solo su familia sino también de la comunidad⁹⁶. Porque a todos nosotros como miembros de la comunidad, nos interesa que haya más personas responsables, y que han aprendido que el que hace algo mal debe hacer lo correcto y no como un castigo sino porque es lo lógico, lo justo y lo normal.

E) **Las técnicas de neutralización de Matza y Skyes.**⁹⁷

Estos autores elaboraron esta teoría para jóvenes infractores, pero su uso se puede generalizar para cualquier acto ilícito o simplemente no adecuado y por supuesto para ofensores adultos. Los adolescentes⁹⁸ tienen una personalidad en formación, son proclives a dejarse guiar por las “compañías” y es en ellos, donde la educación puede suponer de una forma más acusada, un punto de inflexión para querer cambiar y vivir alejados del delito. Esto lo apreciaron Matza y Sykes⁹⁹, así decían que cuando los adolescentes cometen un delito, en muchos casos se amparan en lo que llamaron técnicas de neutralización y que son las justificaciones que utilizan para con sus conductas delictivas y así pueden cometer delitos porque se apartan y suspenden temporalmente su compromiso con las normas sociales. Se identifica estas técnicas de neutralización, después de enunciar la teoría del etiquetado¹⁰⁰ para explicar el delito y la perversión.

⁹⁶ Para ver la importancia de fortalecer los lazos sociales comunitarios podemos ver a Crawford, A. and Clear, T. (2001) “*Community Justice: Transforming Communities Through Restorative Justice?*”, en Gordon Bazemore, Mara Schiff (Eds.) “*Restorative Community Justice: Repairing the Harm and Transforming Communities*”. Cincinnati, Anderson Publishing, pp. 127.

⁹⁷ Su construcción doctrinal está en la monografía de Sykes, G and Matza, D. (1988) “*Techniques of neutralization*”, in J.M. Henslin (ed) *Down to Earth Sociology, Introductory Readings*, Free Press. New York.

⁹⁸ Matza y Skyes afirmaron que “la mayoría de los delincuentes juveniles sostienen valores como la búsqueda de aventuras de riesgo, un deseo de consumo conspicuo y la aceptación de la agresividad como prueba de masculinidad, las cuales son creencias comunes en muchas sociedades contemporáneas” en Matza, D. & Sykes, G. (1961) “*Juvenile delinquency and subterranean values*”. *American Sociological Review*, 26(5), pp. 712–719.

⁹⁹ Aunque fueron elaboradas para el ámbito penal y en relación con adolescentes, son aplicables a otros infractores y a otros ámbitos incluso de nuestra vida cotidiana.

¹⁰⁰ Algunos autores como Sutherland en su teoría de la asociación diferencial explicaron cómo y qué lleva a una persona a convertirse en delincuente y tiene mucho que ver con las teorías del etiquetamiento social. Matsueda, R. L. (2010) “*Sutherland, E, H: teoría de la asociación diferencial y diferencial organización*”

Las etiquetas¹⁰¹ son los nombres que se dan a los que vulneran las normas sociales y que están pensadas como sanciones, cuya intención es animar o forzar a que los que no siguen las normas se ajusten a ellas. Los infractores, por eso, idean técnicas para reducir el efecto de estas etiquetas¹⁰².

Para Sykes y Matza las técnicas de neutralización no son posteriores al acto desviado: “Es a través del aprendizaje de estas técnicas que un joven se convierte en un delincuente juvenil, y no a través del aprendizaje de imperativos morales, valores o actitudes en total contradicción con aquellos de la sociedad dominante”.

Estas técnicas¹⁰³ que usan los adolescentes infractores (también pueden aplicarse a infractores adultos) son las siguientes y frecuentemente se favorecen por el sistema penal tradicional de justicia:

. *Negación de la responsabilidad*: el infractor, dirá que él /ella es una víctima de las circunstancias y que ha sido empujada al delito y que esto escapa de su control (“no fue mi culpa”). Otras veces dirá que fue otra persona.

. *Negación del daño*: los infractores suponen que su comportamiento realmente no causó daños o que la víctima puede permitirse el daño. Alegarán, que, aunque cometieron un acto ilícito, no hubo afectados¹⁰⁴, solo fue por pura diversión.

. *Negación de la víctima*.¹⁰⁵ Afirmación de que se lo merecían. En este caso el infractor se ve a sí mismo como el vengador, que rectifica lo malo que pudiera haber hecho la víctima. Simplemente lo deja en “tablas”.

. *Condena de los que condenan*: los que condenan son vistos como hipócritas o están reaccionando así por despecho personal (“ellos seguro que hicieron cosas peores en su día”). “No tienes derecho a juzgarme”. Con frases como estas, denuncian esta hipocresía de sus acusadores, que habrán hecho lo mismo o peor.

social.” Enciclopedia de la teoría criminológica, editado por Francis T. Cullen y Pamela Wilcox. Sage Publications, pp. 899-907. <http://dx.doi.org/10.4135/9781412959193.n250>

¹⁰¹ Un referente de la teoría del etiquetamiento es Becker, H. S. (1988) “*Outsiders: Studies in the Sociology of deviance*”. New York, NY: Free Press, an imprint of Simon & Schuster, Inc., [2018] ©1963. Este libro habla de la sociología de la desviación asignatura en muchos lugares de la carrera de criminología y que estudia las conductas que sin ser delitos pueden tener un reproche social por ser anómalas. Si lo llevamos al derecho penal podemos ver cómo y por qué los infractores empiezan a delinquir y su relación con las víctimas y la sociedad en general.

¹⁰² Sykes, G. Y Matza, D. (1957) “*Techniques of neutralization: a theory of delinquency*”. American Sociological Review 22 (6), pp. 664-670.

¹⁰³ Op. Cit. Sykes y Matza, pp. 666.

¹⁰⁴ Beristain Ipiña, A. (2004) “*Protagonismo de las víctimas de hoy y mañana (evolución en el campo jurídico penal, prisional y ético)*”, Valencia, Tirant Lo Blanch, pp. 75 y ss.

¹⁰⁵ Negar la existencia de la víctima puede causar revictimización incluso aunque obtenga lo que se ha llamado una reparación de “mínimos”. Véase, Beristain, A (2004) “*De la Victimología de mínimos a la de máximos*”, ABC, 29 de mayo de 2004 p. 22.

. *Apelación a lealtades superiores*: las reglas de la sociedad quedan por detrás de las demandas y lealtad a otros (“qué iba a hacer, mis amigos estaban ahí...”). El infractor puede haberse limitado a ser fiel a su “banda” o “ayudar a un amigo”.

Las técnicas de neutralización son decisivas para disminuir la eficacia del control social y explican en buena medida el comportamiento delictivo de los jóvenes. Sin embargo expresan que debemos estudiar más este tipo de técnicas: “es necesario obtener más conocimiento sobre la distribución diferencial de técnicas de neutralización como patrones de pensamiento operativo, por edad, género, clase social, grupo étnico, etc. (...) Es necesario que se llegue a una mejor comprensión de la estructura interna de las técnicas de neutralización, en tanto sistema de creencias y actitudes, y su relación con varias clases de comportamiento delictivo.

Algunas técnicas de neutralización parecen adaptarse mejor a determinados actos desviados que a otros.¹⁰⁶

Estas excusas, no están reservadas de forma exclusiva para infractores menores de edad o jóvenes, puesto que también podrían ser aplicables a adultos, pero es que además estas justificaciones podemos utilizarlas a diario para restar importancia a nuestros actos. Por ejemplo, un alumno puede usarlas para justificar, por qué no hizo el trabajo o por qué copió en un examen. Con el conocimiento de estas técnicas, el facilitador de procesos de justicia restaurativa trabajará para favorecer su eliminación y así fomentar la responsabilización de la persona infractora, uno de los requisitos que la mayoría de las legislaciones exigen para la realización de las diferentes prácticas restaurativas y algo que se trabaja en los programas individuales de justicia restaurativa, una de las propuestas de este trabajo de investigación.

F) Teoría de Berne. Análisis transaccional.

La teoría del análisis transaccional afirma que cada uno de nosotros tiene tres principales estados de ego o ‘voces’¹⁰⁷.

¹⁰⁶ Sykes, G y Matza, D. (1957) “*Técnicas de neutralización: una teoría de la delincuencia*”, en Delito y sociedad (2004) Revista de Ciencias Sociales, Nº 20, Santa Fe, pp. 127-136.

¹⁰⁷ Berne, E. (1961) “*Transaccional Analysis in Psychotherapy*”. Nueva York, Random House. La edición de 1978 se publicó Ballantine Books, de Nueva York. “*Análisis Transaccional en Psicoterapia*” (1985). Buenos Aires, Editorial Psique.

Estos estados de ego son el estado ‘padre’, un estado ‘adulto’ y un estado ‘niño’. Ninguno de estos estados de ego o ‘voces’ se debe considerar bueno o malo, ni se debe ver a un estado como mejor que otro. Todos llevamos estos tres estados en nuestro interior. El estado padre tiene dos partes, nos educa y nos critica. El estado niño también tiene dos partes, es adaptado y libre/ natural. El comportamiento o, quizá más importante, la comunicación que se establece entre las personas se puede ver como proveniente de uno de estos tres estados¹⁰⁸. Estos tres estados tienen las siguientes características generales:

Padre educador: Ayuda (sea o no necesario); apoya a la gente; evita conflictos; muestra prejuicios; siempre sabe lo que es mejor; educa.

Padre crítico: Muestra prejuicios; critica; culpa; instruye; no escucha; es intolerante; acepta el conflicto; juzga.

Adulto: Usa la lógica y el argumento lógico, escucha/ pondera/ equilibra; acepta razones; cuestiona los hechos y opiniones, no se ahoga en los problemas laterales; no es emocional; es posiblemente aburrido; dedicado; da crédito cuando es necesario.

Niño adaptado: Completamente reactivo; sigue a los demás; sigue instrucciones o se rebela; es petulante o totalmente sumiso; se muestra ansioso por agradar o es totalmente irrazonable.

Niño libre/ natural: Feliz; no se compromete con las personas o tareas; hace preguntas; es entrometido; completamente egoísta; reacciona a los sentimientos instantáneos; proactivo; desinhibido; espontáneo.

Berne afirma que “un estado del yo puede describirse como una serie coherente de sentimientos y funcionalmente como una serie coherente de patrones de comportamientos”¹⁰⁹, así como que toda persona tiene tres estados dentro de sí misma, los cuales refiere en sus postulados como: padre, adulto y niño.

¹⁰⁸ La importancia de esta teoría es para trabajar con futuros facilitadores de procesos restaurativos pues en los cursos de formación esta teoría nos sirve para explicar cómo tiene que enfocar su trabajo tanto en las reuniones preparatorias individuales con víctima, infractor y/o comunidad, así como en las posibles reuniones conjuntas, si las hubiere. Nos ayuda a ver y valorar la posición del facilitador durante todo el proceso de justicia restaurativa, si bien esta teoría puede aplicarse también a otras áreas y otros campos como la psicoterapia.

¹⁰⁹ Berne, E. (1976).” *Análisis Transaccional en psicoterapia*”. Editorial Psique, Buenos Aires, pp.27 y ss.

Todos dedicamos tiempo a comunicarnos en cada uno de estos estados. En lo que se refiere a celebrar reuniones el aspecto más interesante de esto es que la mejor comunicación se presenta cuando las personas hablan en “paralelo”.

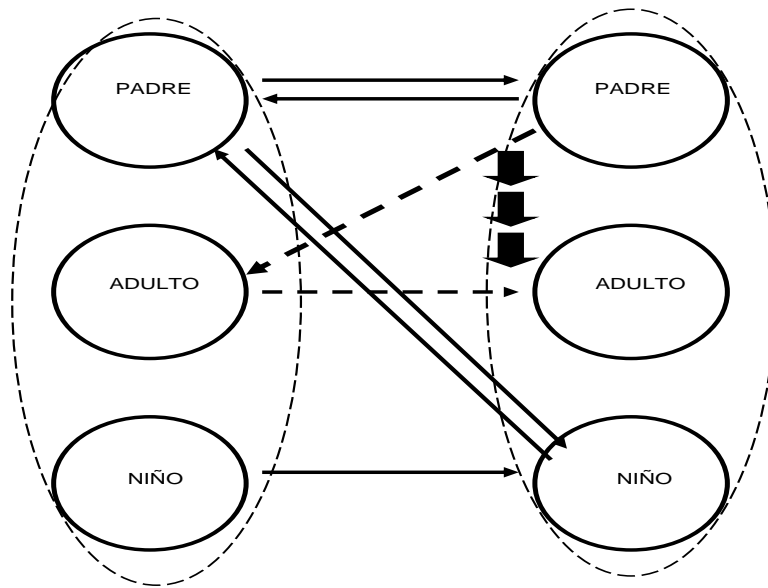
Esto se muestra mejor en forma diagramática. Podríamos hablar de padre a padre, ambos siendo críticos respecto a algo o alguien más. El estado padre, en palabras de Zaldivar¹¹⁰ “representa la imagen de las figuras parentales que hacen que el sujeto responda ante ciertas situaciones como respondieron sus padres o sustitutos; así el sujeto puede adoptar de estos determinados gestos, posturas o sentimientos, refleja el tipo de transacciones que el sujeto desarrolló con sus padres. (...)”

Muchas de las decisiones del sujeto y de sus pensamientos automáticos reflejan la influencia parental ya que, en cierta medida, el sujeto responde de acuerdo con las expectativas que sus padres tenían en cuanto a cómo él debía comportarse o reaccionar ante determinada situación.

Podrían estar hablando de niño a niño, excitados y quizá un poco tontos, en torno a un partido de fútbol; uno de ellos podría estar en estado de padre (quizá como oficial de policía) criticando a un conductor que responde desde el estado de niño, ya sea siendo receptivo y siguiendo instrucciones o siendo rebelde e irracional. Estos canales paralelos de comunicación se muestran a continuación en negro. (en la imagen).

Así que si un facilitador (a la izquierda) permanece en estado ‘adulto’ y habla al ‘adulto’ de los demás presentes en la reunión, todos serán llevados inevitablemente hacia la comunicación en estado ‘adulto’ también. Esto se podrá ver en reuniones restaurativas conforme los participantes dejan de ser críticos o petulantes, y en su momento negocian lo que se debe hacer para reparar el daño hecho usando la ‘voz adulta’ de comunicación.

¹¹⁰ Zaldivar, D.1998) “*Alternativas en psicoterapia*”. La Habana: Academia, pp. 58.



(Berne, 1961). Gráfico

Para muchos facilitadores existe una considerable dificultad de permanecer en el estado ‘adulto’. Cada uno de nosotros tiene una historia completa de métodos de comunicación, opiniones y valores¹¹¹, lo que para muchos profesionales que trabajan con niños nos lleva a un método parental ya sea crítico o educador.

Se torna demasiado fácil para un facilitador mostrar una ‘voz’ educadora al decir cosas como, “pienso que has sido valiente al presentarte”, o decirle a alguien que está llorando, “No te preocupes, estoy seguro de que todo estará bien”. O mostrar una ‘voz’ crítica al decir “¿Y entonces por qué dejaste tu bolsa de mano debajo del asiento del carro?” o (a un infractor cuando la víctima está muy alterada) “¿Escuchas eso?” (Maltos, 2019, ejemplos durante el curso diseño de prácticas restaurativas México).

En el instante en que el facilitador hace esto será imitado por los demás que están presentes en la reunión, y al facilitador se le verá como no imparcial, o al menos se verá que no tiene la parcialidad equilibrada deseada. Todos los demás presentes en la reunión pueden ser tendenciosos, pero no el facilitador.

Si el facilitador permanece neutral todos percibirán al proceso como justo, y al permanecer en estado ‘adulto’ llevará a todos los participantes a una conversación adulta acerca del acuerdo para reparar el daño y sobre todo acerca de cómo el delito impactó en sus vidas.

¹¹¹ Berne, E. L. (1974) “¿Qué dice usted después de decir “Hola”?” Barcelona: Grijalbo, pp. 15 y ss.

4. Conceptualización y definiciones.

El concepto de justicia restaurativa es complicado de establecer, por cuanto se trata de un mecanismo en continua evolución y que se suele adaptar al contexto cultural y social del lugar donde se va a implementar, por eso, tampoco es aconsejable hablar de modelo ideal puro, ni de una única definición.

Según Howard Zehr¹¹², es “un proceso que involucra en la medida de lo posible a los afectados por el delito y así colectivamente identificar y abordar los daños, las necesidades y las obligaciones con el fin de curar y hacer las cosas bien”. Para este autor no se debe perder el “elemento de justicia” en la justicia restaurativa, esto es más importante que cualquier definición.

De lo que se trata, como decía Howard Zehr,¹¹³ es de mirarla a través de un lente diferente, que nos haga centrarnos en los seres humanos, que se ven afectados por el delito y como el daño que surge, desquebraja las relaciones entre los miembros de la comunidad. Basándonos en Freire¹¹⁴ y Buber¹¹⁵, deberíamos comprender la justicia en torno a lo que significa ser humano: "aquella en la que la justicia se identifica como honrar el valor inherente de todos y promulgada a través de las relaciones." Estos dos términos juntos - honor y relaciones - proporcionan una aguja dentro de la brújula para guiar a los defensores de justicia restaurativa y los profesionales.

Analizando la caracterización de la justicia penal, incluida en “El pequeño libro de la justicia restaurativa” de Howard Zehr (p.10 y ss.) se observa que lo que está en juego son estos dos conceptos:

- El sistema de justicia tiende a convertir a los que han provocado daños en objetos sobre los que se actúa.
- Como se omite a los que han sido dañados, se supone que no tienen necesidades importantes.

La justicia restaurativa, por otra parte, reconoce que el daño está hecho por seres humanos y dirigido a los seres humanos.

¹¹² Zehr, H. (2007) “*El pequeño libro de la Justicia Restaurativa*”, Intercourse PA, Good Books, pp.10.

¹¹³ Zehr, H. (2012) “*Cambiando de lente: un nuevo enfoque para el crimen y la delincuencia*” Herald Press pp.23 y ss.

¹¹⁴ Freire, P. (1994) “*Pedagogía del oprimido*”. Buenos Aires: Siglo XXI, pp.88 y ss.

¹¹⁵ Buber, M. (2002) “*Yo y tú*”. Editorial Nueva visión argentina, pp. 47 y ss.

La injusticia se produce cuando las personas, se convierten en objetos, a través de las relaciones. justicia se produce cuando las personas son honradas a través de relaciones¹¹⁶. (Vaandering).

Así que para Vaandering¹¹⁷, lo que se necesita en la justicia restaurativa es un esfuerzo que nos recuerde lo siguiente:

- La justicia es una llamada a reconocer que todos los seres humanos son dignos y honrados.
- La injusticia se produce cuando las personas están objetivadas y cosificadas.
- La justicia restaurativa como término, adquiere sentido cuando se refiere a la reparación de las personas, empezando por ser honradas y respetadas.

Por lo tanto, es crucial que los términos "reparación o restaurativa " y "justicia" se mantengan juntos y emparejados, pero con una comprensión, más amplia de la justicia. Sin este vínculo, funcionaremos como una brújula, sin aguja. En la práctica, deberíamos preguntarnos lo siguiente para no perder el norte en la brújula que es la justicia restaurativa:

1. ¿Estoy midiendo (¿es decir, juzgando, objetivando, cosificando?).
2. ¿Estoy honrando?.
3. ¿Qué mensaje estoy transmitiendo?.

Dorothy Vaandering ¹¹⁸ sugiere una definición de la justicia restaurativa:” *La justicia restaurativa reconoce a la justicia como honrar el valor inherente de todos y se promulga a través de las relaciones entre los miembros de la comunidad. Como tal, afecta a todas las estructuras sociales. Cuando algo ocurre, que socava el bienestar de algunos, la justicia restaurativa ofrece un espacio de diálogo para que la humanidad de todos los involucrados y afectados pueda ser reparada y cada persona pueda volver a ser miembro de pleno contribuyente de la comunidad de la que forman parte*”.

¹¹⁶ Vaandering, D. (2013) “A window on relationships: reflecting critically on a current restorative justice theory”. Restorative justice: an-International Journal, 1 (3) pp. 311-333.

¹¹⁷ Op. Cit, Vaandering, pp. 311-333.

¹¹⁸ Vaandering, D. (2010) “The significance of critical theory for restorative justice in education”. The Review of Education, Pedagogy, and Cultural Studies, 32, pp. 145-176.

Con esta "lente", la justicia restaurativa no es algo desde el exterior, como una solución para los demás. Es una forma de ser para todos nosotros.

La Directiva¹¹⁹ 2012 /29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos define esta justicia como “cualquier proceso que permita a la víctima y al infractor participar activamente, si dan su consentimiento libremente para ello, en la solución de los problemas resultantes de la infracción penal con la ayuda de un tercero imparcial”. Un concepto de justicia restaurativa, que adolece de lagunas y, sobre todo, que parece no definir de forma acertada la amplitud de esta justicia. Por un lado, parece referirse solo a mediación penal, ya que habla de un proceso entre víctima e infractor, lo lógico hubiera sido incluir a la comunidad, para así dar cabida a otras herramientas restaurativas, que como explicaré posteriormente, son más restaurativas porque dan participación a otros indirectamente afectados por el delito. Pero, además, llama la atención que no hable de la reparación del daño a la víctima o ni tan siquiera de la mejor atención a sus necesidades, tan solo a los “problemas resultantes de la infracción penal”, algo muy neutral y poco concreto, sobre todo, para referirnos al ámbito penal.

Parece una definición diseñada para la mediación penal y solamente para delitos menos graves (de ahí que se evite hablar de delito) y como método alternativo al juicio. Es por esto, que esta definición se antoja un poco limitada a una vertiente de esta justicia y a unos pocos, de los muchos beneficios que puede conllevar. Es la visión más común de esta justicia, que vemos en los medios de comunicación y que es sesgada, limitada y poco ajustada a la verdadera realidad.

Son las Naciones Unidas las que definen la justicia restaurativa en una perspectiva amplia, como “*una respuesta evolucionada al crimen que respeta la dignidad de cada persona que construye comprensión y promueve armonía social a través de la sanación de las víctimas, infractores y comunidad*”.¹²⁰

¹¹⁹ DIRECTIVA 2012/29/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI.

¹²⁰ Definición que de forma muy similar pero no literal es recogida en la ley nacional del sistema integral de justicia penal para adolescentes de México, del año 2016 en su artículo 21. Justicia Restaurativa “El principio de justicia restaurativa es una respuesta a la conducta que la ley señala como delito, que respeta la dignidad de cada persona, que construye comprensión y promueve armonía social a través de la restauración de la víctima u ofendido, la persona adolescente y la comunidad. Este principio puede

Confiere a esta justicia un carácter de filosofía, o teoría jurídico-filosófica, con una serie de valores que la refuerzan. Esta definición incluye los actores básicos: la comunidad, el infractor y víctima.

Una definición interesante y muy acertada porque lo hace en sentido amplio, como filosofía o teoría de justicia y no solo atendiendo a una forma de aplicarla como puede ser los procesos restaurativos de mediación penal, círculos o conferencias restaurativas. La justicia restaurativa debe concebirse como lo hace las Naciones Unidas, como una filosofía o paradigma de justicia que fomenta una humanización de la Justicia penal.

Y debe hacerse así básicamente, considerando cada caso, no como un mero expediente, sino pensando que detrás hay personas que sufren y necesitan apoyo y atención: las víctimas, de la misma forma fomentando la responsabilización de los infractores, por el daño causado. Y una forma concreta de hacer justicia restaurativa, son los encuentros víctima, infractor y/o comunidad.

Esta definición, nos lleva a considerar la justicia restaurativa desde distintos puntos de vista, como filosofía o teoría de justicia, otras veces como un conjunto de valores y en ocasiones como herramientas para ponerla en práctica. Estas tres ideas sobre justicia restaurativa podrían ir unidas y entrelazadas.



(Domingo 2019)¹²¹

desarrollarse de manera individual para las personas mencionadas y sus respectivos entornos y, en la medida de lo posible, entre ellos mismos, a fin de reparar el daño, comprender el origen del conflicto, sus causas y consecuencias”.

¹²¹ Domingo de la Fuente, V. (2019) “Reuniones restaurativas en delitos graves”, conferencia durante el I Congreso Internacional de Justicia Restaurativa hacia la transformación social, organizado en Brasilia.

Justicia restaurativa como filosofía o teoría jurídico-filosófica, parte de la premisa de que el delito ha causado un daño, se debe reparar y es una oportunidad para que todos los afectados participen de forma activa y directa.

Si no es una teoría jurídico-filosófica este planteamiento nos viene a explicar un poco más el potencial de la justicia restaurativa no limitado a entenderla como prácticas concretas, de ahí, la importancia de la definición de las Naciones Unidas que en lugar de conceptualizarla como proceso o práctica lo hace como respuesta.

La Justicia restaurativa engloba una serie de principios y valores, directamente emanados de la filosofía que subyacen en ella son entre muchos otros: respeto, encuentro, reparación, responsabilidad, seguridad, curación, reintegración y empatía.

Y como herramientas para poner en práctica esta filosofía, que contiene estos valores hay mucha más variedad de lo que nos pensamos a priori, no es solo la mediación penal sino también y como simple ejemplo, hay otras herramientas, más o menos restaurativas según incluyan a todos los afectados por el delito o solo algunos, como ya vimos en la teoría de la ventana de la disciplina social¹²² : conferencias restaurativas, círculos de paz, paneles de víctimas, servicios en favor de la comunidad, servicios de asistencia a las víctimas, programas de reparación del daño, comisiones para la verdad y la reconciliación, comités para la reparación del daño....

Como colofón vamos a elaborar nuestra propuesta de definición de justicia restaurativa, y ésta sería una forma de gestionar las consecuencias del delito más humana, e individualizada que tiene en cuenta las circunstancias de las personas afectadas por el delito, escucha sus necesidades y promueve una forma de reparación del daño que fomenta la reinserción de la persona que causó el daño y la mejor atención a la que lo sufrió.

En el cuadro se refleja cómo podría entenderse la justicia restaurativa teniéndola en cuenta como filosofía, valores: obviamente pueden existir muchos otros que no aparecen como el empoderamiento, la auto resocialización...y como herramientas para su aplicación donde aparecen las tres más conocidas. Es un planteamiento que venimos sosteniendo en esta investigación pero que tiene mucho que ver con postulados de autores como Barnett, R. (1977) "Restitution: a new paradigm of criminal justice", *Ethics: An International Journal of Social, Political and Legal Philosophy*, 87(4), pp. 279–301.

¹²² McCold, P., & Wachtel, T. (2002) "*Restorative justice theory validation*". En E. Weitekamp and H-J. Kerner (Eds.), "*Restorative Justice: Theoretical Foundations*". Devon, UK: Willan Publishing, pp.110-142.

A) ¿Qué no es justicia restaurativa?

Continuando con la aproximación a la justicia restaurativa, es importante entender qué es realmente esta justicia y para ello, después de establecer una definición, se hace importante, hablar de lo que Howard Zehr,¹²³ consideró que no es justicia restaurativa:

- Justicia restaurativa, no es sobre la reconciliación ni el perdón. El objetivo de la justicia restaurativa no es que las personas se pidan perdón o se reconcilien, se trata de que se establezca un diálogo profundo sobre cómo el delito impactó en sus vidas y qué se tiene que hacer para que las cosas mejoren.
Sin embargo, curiosamente, no siendo un objetivo, el perdón es una consecuencia beneficiosa que surge tras la participación de las partes en un proceso restaurativo.
- Justicia restaurativa no es mediación¹²⁴. Zehr¹²⁵ en este sentido dice que “en un conflicto o pleito mediado se asume que las partes se encuentran moralmente parejas, es decir, ninguna tiene toda la culpa porque muchas veces todas ellas han contribuido al conflicto y deben compartir las responsabilidades.”

Como en la mediación, muchos programas restaurativos se basan en la posibilidad del encuentro entre víctima, infractor y/o comunidad. No obstante, los encuentros no siempre son idóneos.

Se puede actuar de forma restaurativa, aun cuando el infractor, por ejemplo, no es conocido o no quiere participar. Por eso, limitar la justicia restaurativa a los encuentros significa limitar su aplicación y eficacia.

También hay que buscar fórmulas no ideales y también restaurativas¹²⁶ ¿qué ocurre si el infractor no está identificado?. ¿Si no quiere reparar el daño o asumir su responsabilidad?. ¿Y en cambio la víctima, si desea o necesita de la justicia restaurativa, para empezar su camino hacia la curación?.

¹²³ Zehr, H. (2007) “*El pequeño libro de la Justicia Restaurativa*”, Intercourse PA, Good Books, pp. 12 y ss.

¹²⁴ De esta forma, lo que Zehr viene a resaltar es que a pesar de la frecuente confusión la mediación es un método alternativo de solución de controversias que se utiliza cuando hay conflictos co-construidos, es decir, (corresponsabilidad de ambas partes en el surgimiento del conflicto) mientras que la justicia restaurativa, no es un MASC y además se utiliza cuando ya hay un desequilibrio de poder no hay “mesas parejas” en el conflicto, una persona ha sufrido un daño y otra lo ha causado.

¹²⁵ Op. Cit, Zehr, pp.12.

¹²⁶ En la actualidad, se puede utilizar una víctima subrogada, víctima de un delito similar que quiera tomar parte en una posible reunión conjunta, se pueden realizar programas individuales trabajando solo con víctimas, o solo con infractores o comunidad. Es decir, las posibilidades de utilizar la justicia restaurativa no se reducen como hemos visto y veremos a un encuentro conjunto.

Negarla esta posibilidad sería no entender que esta justicia es precisamente, mucho más que simples encuentros víctima e infractor.

De la misma manera, puede ocurrir que la víctima no necesite nada para ser reparada, no quiera participar en el proceso o simplemente sea un delito de peligro, sin víctima concreta. Negar a los infractores, su voluntad de querer hacer las cosas bien es limitar la posibilidad de su responsabilización y su mejor reinserción. Lo ideal son encuentros restaurativos víctima-infractor, sin embargo, a veces no es posible, o aconsejable o, por ejemplo, quizá el infractor no está identificado o bien como he dicho, la víctima no es una persona concreta... ¿entonces no podríamos hablar de esta justicia?.

Por supuesto, que sí puede existir la justicia restaurativa, por eso la definición de esta justicia, como respuesta evolucionada al crimen, permite abordar el delito de una manera global, abierta pero adaptada a cada uno de los casos concretos.

- Justicia restaurativa no está diseñada como objetivo principal para reducir la reincidencia. Para promover el uso y la implementación de la justicia restaurativa es común que se valore como un instrumento eficaz para reducir las tasas de reincidencia. Y en este sentido, algunas estadísticas revelan que si puede ser un instrumento eficaz. Pero como dice Zehr¹²⁷“Sin embargo, reducir reincidencia criminal no es la razón de ser de los programas de justicia restaurativa.

La reducción de la tasa de reincidencia es un subproducto; pero la justicia restaurativa se implementa antes que nada debido a un imperativo moral¹²⁸”.

- Justicia restaurativa no es un programa en particular o una herramienta. Hay multitud de herramientas o programas específicos, pero no se puede hablar de modelo puro o ideal. Por eso Zehr dice que “la justicia restaurativa es una brújula no un mapa”.¹²⁹
- La justicia restaurativa no está hecha exclusivamente para delitos leves e infractores no reincidentes. Es cierto, que para conseguir el apoyo de la comunidad suele utilizarse o comenzarse por delitos leves.

¹²⁷ Op.Cit. Zehr, pp.14.

¹²⁸ Para Zehr, este imperativo moral no es otro que atender las necesidades de las víctimas, dar la oportunidad al ofensor de responsabilizarse y promover la participación de todos los afectados, por eso, lo esencial es procurar atender estas necesidades con independencia de si el ofensor disminuye o cesa de delinquir. Aunque es cierto que parece ser efectiva en esta disminución de la reincidencia, pero para Zehr, en todo caso sería un subproducto.

¹²⁹, Op. Cit. Zehr, p.18.

Pero las experiencias prácticas han demostrado que en delitos graves tienen incluso un impacto más positivo.

- Justicia restaurativa no es la panacea. No es la solución universal para todos los casos y todas las situaciones. Según Zehr “Yo creo que sería aún más preciso decir que el crimen tiene una dimensión social, así como una dimensión más local y personal. El sistema legal se ocupa principalmente de las dimensiones públicas; es decir, de los intereses y responsabilidades de la sociedad que son representados por el estado. Sin embargo, esta perspectiva minimiza o ignora en gran parte los aspectos personales e interpersonales del crimen”¹³⁰. Por tanto, la justicia restaurativa se encargará del aspecto personal y emocional del delito y la justicia tradicional del aspecto social.

Tampoco está claro que esté destinada a reemplazar al sistema penal¹³¹, por eso, la base de esta investigación es que esta justicia no es necesariamente lo opuesto a la actual llamada justicia retributiva, puesto que ambas tienen los mismos objetivos, lo que las diferencia es cómo conseguirlos. De sus similitudes y diferencias, nos ocuparemos con posterioridad.

- La justicia restaurativa no es algo nuevo. Como ya hemos visto, los antecedentes de la justicia restaurativa son mucho más amplios y sus raíces mucho más profundas que las iniciativas promovidas por los menonitas norteamericanos durante los años setenta. En realidad, tiene su origen remoto en las prácticas ancestrales de pueblos originarios.¹³²

B) Otras posibles aproximaciones para discernir el potencial de la justicia restaurativa.

Las prácticas restaurativas tienen sus raíces en los pueblos originarios, pero su uso en los sistemas de justicia y su teorización, que recoge elementos y postulados de la criminología, la psicología, la sociología, el derecho y otras disciplinas, es mucho más reciente¹³³.

La justicia restaurativa ha sido conceptualizada de diversas maneras:

¹³⁰ Op.Cit. Zehr, p.16.

¹³¹ Aun, así como veremos más adelante muchos abolicionistas son partidarios de la desaparición del derecho penal y su sustitución por la justicia restaurativa.

¹³² Op. Cit. Zehr, p.20.

¹³³ Kemelmajer de Carlucci, A. (2004) “*Justicia Restaurativa. Posible respuesta para el delito cometido por personas menores de edad*”. Rubinzal – Culzoni editores, pp. 118.

(a) Paradigma de justicia.¹³⁴

Una manera de ver y buscar la justicia que busca aminorar el impacto negativo de la justicia retributiva, es decir, aquella que se basa en castigos a la persona que causa el daño.

La justicia restaurativa como paradigma de justicia impulsa la idea de dar voz y poder de decisión a las personas, para buscar la restauración sobre el daño causado y la transformación de personas y relaciones, más que las sanciones (lo cual no quiere decir que funcione de forma alternativa al proceso penal o que no pueda realizarse estando la persona privada de libertad, esto lo analizaremos en conclusiones). Este paradigma es el impulsado por la ONU.

(b) Nueva ciencia penal.¹³⁵

Todas las ciencias tienen un objeto y un método de estudio, se puede hablar de justicia restaurativa como ciencia social (si entendemos que la justicia restaurativa se puede aplicar en cualquier ámbito donde surge un daño que genera un desequilibrio, por ejemplo, familia, penal, laboral), ciencia penal (si lo entendemos como exclusiva de este ámbito). Además usamos esta terminología para diferenciarla de las ciencias naturales y exactas. Para apoyar la tesis de que la justicia restaurativa podría configurarse como una ciencia penal, habría primero que acudir al concepto de ciencias penales y éstas se pueden definir como el conjunto de conocimientos relativos al delito, delincuente, pena o sanción y a los demás medios de defensa contra la criminalidad.

En este conjunto, el derecho penal es una de esas ciencias que estudia el problema del delito, desde un ángulo puramente jurídico, las demás disciplinas, lo hacen desde diversos puntos de vista, lo cual no es incompatible, puesto que el delito también es un fenómeno social, comunitario y natural, es decir entendido como consustancial al ser humano.¹³⁶

¹³⁴ Zehr, H. (2012) “*Cambiando de lente: Un nuevo enfoque para el crimen y la justicia*”. Eastern Mennonite University y Herald Press. Virginia, EUA, pp.35 y ss.

¹³⁵ Domingo de la Fuente, V. (2017) “*Justicia restaurativa como ciencia penal o social, encaminada a mejorar la justicia*”. Educació Social. Revista d’Intervenció Socioeducativa, 67, pp73-90.

¹³⁶ Existen muchos autores que analizan las causas del delito como una consecuencia que intrínsecamente podemos encontrar en la propia esencia del ser humano y sus circunstancias sociales y relacionales a este respecto destaca autores como Gil Villa, F. (2004) “*La delincuencia y su circunstancia: sociología del crimen y la desviación*”. Valencia: Tirant lo Blanch y Tajfel, H. y Turner, J. (1979), “*An integrative Theory of Intergroup Conflict*”. En Austin, William G.; Worchel, Stephen. The Social Psychology of Intergroup Relations. Monterey, CA: Brooks-Cole. pp. 94–109.

Son muchas las clasificaciones que se hacen de las ciencias penales, Luis Jiménez de Asúa¹³⁷, nos habla de una enciclopedia de las ciencias penales, pero no concediéndole mucha importancia pasa a darnos una clasificación de las ciencias penales, que las divide en seis principales con subdivisiones, de acuerdo con la siguiente lista:

- A) Criminología.
- B) Criminalística.
- C) Derecho penal.
- D) Derecho procesal penal.
- E) Derecho penitenciario.
- F) Ciencias auxiliares.

De esta forma, no es imposible, entender la justicia restaurativa como una ciencia que estudio el delito, desde un punto de vista jurídico, como el derecho penal¹³⁸ pero también desde un punto de vista social, comunitario y natural.

Sería una ciencia penal, que se nutre de ciertos aspectos, principios y valores de otras ciencias pero que por sí sola, tiene entidad suficiente para ser considerada como ciencia penal independiente o autónoma. Por lo pronto podríamos hablar de una ciencia que estudia el delito como un comportamiento antisocial¹³⁹, los daños que produce en las personas, la persona que los ocasionan y las que lo sufre y además de forma similar a la criminología la justicia restaurativa estudia la reacción de la comunidad a estos delitos y cómo fomentar la participación y reparación del daño también a esta.

El criterio esencial para poder hablar de justicia restaurativa como ciencia es considerar que podemos formular a través de ella hipótesis que pueden ser refutadas; como dice Marcelo Aebi¹⁴⁰ podemos establecer la relación entre dos elementos y dejar margen a la comprobación o su refutación.

¹³⁷ Jiménez de Asúa, L. (1934) "Manual de Derecho penal", Reus, pp. 454 y ss.

¹³⁸ A este respecto, aunque el derecho penal y penitenciario también analiza y tiene en cuenta aspectos naturales, circunstancias personales de cada infractor y otros similares, entendemos que la justicia restaurativa aporta un plus de individualización gestionando también los aspectos emocionales que surgen tras la comisión del hecho delictivo.

¹³⁹ Aebi, M. (2017) Nuevas perspectivas criminológicas. <https://www.youtube.com/watch?v=oiyGdhiqSgA&t=133s>

¹⁴⁰ Aebi, M. (2007) "Críticas y contracrítica de la criminología crítica: una respuesta a Elena Larrauri". Revista de Derecho Penal y Criminología. N.º 19, pp. 377-395.

En el caso de la justicia restaurativa podemos determinar que el delito genera daños y hace que surjan necesidades, la principal la de la víctima de sentirse reparada pero también la del ofensor de entender el impacto de sus acciones y la sociedad de recuperar el sentimiento de seguridad.

Estos elementos podemos corroborarlos si realizamos una práctica restaurativa que cubra estas necesidades aunque por supuesto los detractores de la justicia restaurativa podrían refutar la relación de estos elementos, poniendo en duda si la práctica restaurativa realmente produce por ejemplo una verdadera responsabilización del ofensor.

Requisitos:

Primero, cuenta con una metodología científica depurada y es que como se verá a continuación, esta justicia tiene una serie de herramientas para ponerla en práctica, bien definidas, además de algunas otras que nos van a ser útiles para poder adaptarnos a cada caso concreto, servirá para gestionar el delito de forma individualizada.

Segundo, tiene un paradigma transicional bien definido que es "humanizar la justicia penal", es decir, aporta una serie de conocimientos multidisciplinarios que, de forma complementaria, servirá para dotar de mayor humanidad el actual derecho penal, y a la vez, cuenta con entidad suficiente para en determinadas circunstancias, ser una alternativa al derecho penal. Precisamente, es lo interesante de la justicia restaurativa como ciencia penal, que su visión acerca del delito, el delincuente y la víctima es multidisciplinar y tiene en cuenta sobre todo los seres humanos, que hay detrás del crimen y las circunstancias que los rodean.

En este sentido podríamos decir, siguiendo a autores como Christie¹⁴¹ o Zehr, que mientras la justicia tradicional se encarga de la dimensión social del delito, a través de la prevención general positiva¹⁴², la justicia restaurativa se encarga de la dimensión interpersonal y emocional del delito.

¹⁴¹ Christie, N. (2004) "Una sensata cantidad de delito", Editores del Puerto, Buenos Aires. En el capítulo 4 de este libro el autor nos habla del delito como valor de uso y cómo el castigo está destinado al bienestar social. De ahí que la justicia tradicional se quedaría en esta dimensión y la justicia restaurativa podría surgir como ciencia penal para gestionar los aspectos más personales y menos sociales.

¹⁴² En este sentido Nistal (2019) afirma que "la prevención general positiva busca la afirmación del ordenamiento jurídico conculcado por el infractor mediante la aplicación de la pena legalmente prevista como forma de restablecimiento de la confianza social en la vigencia de la ley, es decir la exigencia social de justicia" (p.62).

Incluiríamos esta justicia como una ciencia penal que se enfoca en estudiar de qué manera el delito nos afecta en nuestras relaciones con otras personas y en nuestro propio bienestar personal.

Y, por último, cuenta una "teoría jurídica filosófica". Todas las teorías acerca de la justicia deben cimentarse en fundamentos científicos o bien filosóficos para permitir su avance, de esta forma entiendo que, en el caso de la justicia restaurativa, esta evolución debería cimentarse en el cambio de dos paradigmas:

- 1- desde el punto de vista jurídico y como afirma Howard Zehr¹⁴³, el cambio es dejar de centrarnos en el binomio delito- pena y basarnos en el de daño-reparación.

Otros autores como Nistal¹⁴⁴ vienen a corroborar esta idea cuando afirma “la carga retribucionista ha de ceder en favor de otros fines legítimos de la pena” y este mismo autor, siguiendo a Roxin ,comenta que la pena solo cumple simbólicamente la idea que el daño causado debe ser retribuido justamente y anulado, porque solo castigando al infractor y metiéndolo en la cárcel es difícil de entender que la víctima sienta sus necesidades al menos totalmente atendidas ya que, además entre otras cosas, esto no cambia sustancialmente la situación de la víctima (el daño que se la ha ocasionado).

Lo que estamos postulando con la idea de que la justicia restaurativa como ciencia penal es que sin ser taxativos podríamos empezar a valorar la reparación del daño como uno de los fines de la pena. Retomaremos esta idea más adelante cuando hablemos de fundamentos doctrinales de la justicia restaurativa.

- 2- pero también sería bueno, tal y como decía Thomas Kuhn¹⁴⁵ basarnos en un paradigma psicológico-filosófico y en lugar de obligar a la gente a comportarse de manera adecuada, ante la amenaza del castigo, se debería alentar el desarrollo de la empatía. La empatía suele definirse como “ponerse en los zapatos del otro”. Es una habilidad que nos permite estar conscientes para reconocer, comprender y apreciar los sentimientos de los demás.

¹⁴³ Zehr, H. (1990) “*Cambio de lentes: un nuevo enfoque para el crimen y la justicia*”. Herald Press, Pennsylvania. Traducido por: Cristián D. Quezada González, José Elías Alejandro Sánchez Ibarra, Sylvia Whitney Beitzel y Vernon E. Jantzi.

¹⁴⁴ Nistal Burón, J. (2019) “*La víctima en el derecho penitenciario*”. Editorial Tirant lo Blanch, pp.73.

¹⁴⁵ Kuhn, T. (1962) “*La estructura de las revoluciones científicas*”. Editorial de la Universidad de Chicago. pp. 100 y ss.

Siguiendo a Thomas Kuhn, y aplicando todo esto a la justicia restaurativa, si tratamos de generar empatía en las partes, los beneficios son importantes, por un lado, se puede conseguir que el infractor aprenda o más bien comprenda que no debe delinquir¹⁴⁶, pero no por el temor a recibir un castigo, sino porque ha comprendido, que con esta actitud está dañando a una persona, a un ser humano¹⁴⁷.

Esto tiene su fundamento científico en la neurociencia, así autores como Daniel Reisel¹⁴⁸, viene a corroborar la idea de estudiar el cerebro humano para que la amígdala encargada de la empatía pueda funcionar al menos a límites básicos. Este primer acercamiento a la empatía se puede generar con la justicia restaurativa ya que la víctima podrá conocer de propia “voz del infractor”, el porqué del delito, esto la ayudará a obtener respuestas, ver el ser humano que existe tras el crimen y así superar el trauma del delito. Además con los procesos restaurativos más inclusivos, como las conferencias o los círculos, este desarrollo de la empatía también va a beneficiar a la comunidad: amigos, familiares, vecinos...y es que como decía Gandhi¹⁴⁹ “*las tres cuartas partes de las miserias y malentendidos en el mundo terminarían si las personas se pusieran en los zapatos de sus adversarios y entendieran su punto de vista*”. Esto significa que si pudiéramos lograr esto, podríamos tener menos personas cometiendo delitos, vecinos más humanos y, en general, sociedades más pacíficas, lo que al fin y al cabo favorece a todos, y es el objetivo último de todos los sistemas de justicia. Desde el punto de vista jurídico, suena un poco utópico pero si hasta ahora lo que se ha realizado no ha dado resultados óptimos puede ser hora de gestionar los delitos y sus consecuencias desde otra perspectiva.

¹⁴⁶ Estaríamos hablando de ciertos aspectos de prevención especial, en el sentido de que se influye en el infractor a efectos de que no vuelva a delinquir en algunos casos sería a través de la inocuización, para otros la corrección y para la justicia restaurativa se trataría más bien de una reeducación. De esta manera, se ayudaría al infractor en proceso de querer desistir del delito, de esto nos ocuparemos más adelante, entendiendo que la persona ofensora delinque por motivos sociales o ambientales y los procesos restaurativos podrían en algunos casos neutralizar estos aspectos para que el infractor pueda apartarse del delito. Podemos a raíz de estas explicaciones nombrar a Hulsman, L. (1984) “*Sistema penal y seguridad ciudadana. Hacia una alternativa*”, traducción de Sergio Politoff, Editorial Ariel, S. A., Barcelona, pp.131 y ss, para el autor, el sistema punitivo en su totalidad debiera desaparecer, entre otras razones, a causa de su inutilidad comprobada para satisfacer finalidades de prevención especial, pero en este caso entendemos que la justicia restaurativa puede ser un complemento del sistema penal precisamente que favorezca la prevención especial, de la que Hulsman dudaba que fuera favorecida por el sistema penal actual.

¹⁴⁷ En este caso nos referimos a la prevención general positiva de la pena que viene a dotar de un carácter pedagógico al derecho penal y penitenciario, por eso, nos parece importante y nada descabellado vincular la justicia restaurativa al sistema para reforzar aún más estas funciones más educativas.

¹⁴⁸ Reisel, D. (febrero de 2013), “*the neuroscience of Restorative Justice*”, recuperado de https://www.ted.com/talks/daniel_reisel_the_neuroscience_of_restorative_justice/transcript?utm_campaign&utm_source=tusquetseditores.com&source=twitter&utm_medium=on.ted.com-twitter&utm_content=addthis-custom&awesm=on.ted.com_qckR&language=es

¹⁴⁹ Gandhi, M. (2006) “*Sobre el hinduismo*”. Editorial Siruela, pp.122 y ss.

De esta forma, como hemos visto la justicia restaurativa no tendría como objetivo reducir la reincidencia, pero si tendría como beneficio esta disminución de la reiteración de delitos. Lo que está claro es que el desarrollo de esta empatía puede llegar a surgir, a través de un proceso restaurativo, ya que estos se basan en el diálogo y la comunicación, mientras que, con el sistema de justicia tradicional, esto es casi imposible, por cuanto la víctima como ya se ha dicho, es un mero testigo pasivo de los hechos, no tiene posibilidad de decidir y todo es gestionado por profesionales, ajenos al hecho delictivo.

En este ambiente tan frío, lejos de conseguir empatía, las partes desarrollan más sentimientos de hostilidad y venganza. Como hemos visto, además no es la labor de la justicia tradicional ya que esta se encarga del aspecto más social y jurídico, mientras que lo lógico es que la justicia restaurativa como ciencia penal se encargue de esta dimensión emocional y puede tener su fundamento en los dos cambios de paradigma mencionados. Lógicamente, si queremos adelantar la prevención del delito, lo ideal sería poder inculcar y promover los valores restaurativos en los colegios, para que los niños puedan aprender el valor del diálogo, comunicación no violenta, empatía por sus semejantes y por otros seres vivos, esto ayudará a tener futuros adultos, alejados del delito.

Estamos hablando de extender la justicia restaurativa no solo al estricto plano de la justicia penal, sino en todos los ámbitos de la vida cotidiana: colegios, lugar de trabajo, vecindario... así se evitaría que muchos conflictos, llegaran a los tribunales en forma de delito. Todo esto no sería tan descabellado sino que se trataría de educar en valores constitucionales, algo que se viene realizando como por ejemplo la asignatura educación para la ciudadanía.

(c) Movimiento social.

Hasta ahora parecía que la justicia restaurativa es un paradigma de justicia aplicado a casos concretos, es decir, nos sirve para ayudar a las personas determinadas que sufren delitos a pasar página y a los ofensores a asumir las consecuencias de sus actos. Pero la justicia restaurativa trasciende este aspecto singular y concreto y poco a poco se ha revelado como una forma de hacer justicia a diferentes niveles.

Así nos ayudaría a hacer frente a daños personales, pero también daños históricos como los producidos en diferentes países tras guerras internas y momentos de revueltas, lo cual enraizaría mucho con la justicia transicional de la que nos ocuparemos más tarde.

Y también haría frente a daños sistémicos como en materia de derechos humanos, medio ambiente, pena de muerte, homofobia, igualdad de género... Esto nos da una primera aproximación a la importancia que cobra esta justicia a nivel de la ciudadanía pues nos permite agruparnos, empoderarnos y reclamar cambios estructurales en el sistema y lograr así una transformación social. Estaríamos entonces hablando de justicia restaurativa como movimiento social.¹⁵⁰

Según Carl Stauffer:¹⁵¹ “El proceso de la justicia restaurativa debe restaurar la dignidad humana nuestro sentido de poder humano, nuestro sentido de respeto humano, los procesos que utilizamos”. Sería por tanto aceptable, entender el aspecto transformador de la justicia restaurativa en cuanto a movimiento social como motor para que las **comunidades se unan y puedan generar cambios en el sistema que contribuyan a la mejor cohesión social.**¹⁵²

Para hablar de justicia restaurativa como movimiento social debemos tener en cuenta tres aspectos importantes:

Oportunidad política, lo que implica que tras algunos momentos de crisis o sistema políticos fallidas se encuentre las fórmulas para reclamar un cambio social.

¹⁵⁰Para explicarlo, recurrimos a Fania Davis, quién utiliza una metáfora para referirse a esta conceptualización: “Siempre he visto la justicia restaurativa como un movimiento social, un esfuerzo colectivo poco organizado pero sostenido, compuesto por una gama de individuos y grupos que buscan transformar las estructuras sociales, las instituciones y los individuos. La sanación del daño interpersonal requiere un compromiso para transformar el contexto en el que ocurre la lesión: las condiciones e instituciones sociohistóricas que están estructuradas precisamente para perpetuar el daño.

Este compromiso puede significar ver la justicia restaurativa no sólo como la sanación del daño individual, sino también como la transformación de las estructuras sociales y las instituciones que son en sí mismas proveedoras de daños masivos. No adoptar una visión más expansiva corre el riesgo de que la justicia restaurativa ofrezca una solución rápida, abordando los síntomas, pero no las causas subyacentes. Esto no es diferente a un jardinero que, aunque dedicado al bienestar de las plantas individuales, ignora la salud del suelo. El jardinero experto atiende a las plantas y al ecosistema más grande. El éxito de la justicia restaurativa depende de vernos no sólo como agentes de transformación individual, sino también como impulsores de la transformación de sistemas” en Davis, F. (2019) “*The Little Book of Race and Restorative Justice: Black Lives, Healing, and US Social Transformation*” (Justice and Peacebuilding). Good Books, pp 39.

¹⁵¹ Stauffer, C. (2016) Centro de Justicia y Paz, Universidad Menonita del Este, recuperado de <https://canaljudicial.wordpress.com/2016/09/21/70449/>.

¹⁵² Stauffer, C y Hamber, B. (1996) “Putting a Face on the Past: Survivor-Offender Mediation and the Truth and Reconciliation Commission”, Johannesburgo, Centre for the Study of Violence and Reconciliation, pp.67 y ss.

Movilización de recursos, lo cual nos lleva a una sociedad que de forma no institucional se implique y se una para lograr un fin común.

Un mensaje claro que transmitir,¹⁵³ este mensaje tiene mucho que ver con la comunicación no violenta, pero no solo es eso sino que implica un cambio de mentalidad que empodere a los ciudadanos.

Para Mike Hinton¹⁵⁴ se trata de poner a las personas en el corazón del sistema en lugar de los procesos y la burocracia. Esto sería un comienzo para considerar la justicia restaurativa como una visión para el cambio. También trataría como ya hemos hablado, del empoderamiento de que los ciudadanos recuperen en la línea de lo que mencionaba Nils Christie cierto control en aspectos esenciales de su vida, y puedan tomar decisiones en consonancia a sus preferencias.

(d) Filosofía de vida.

El planteamiento sería que la justicia restaurativa no es un modelo concreto ni una práctica es más cercana a una filosofía que aunque surgió en el ámbito penal se ha demostrado que es aplicable a cualquier aspecto de nuestra vida¹⁵⁵.

Porque los seres humanos somos seres relacionales, desde que nacemos estamos en contacto con otros grupos: familia, escuela, amigos, trabajo y esto hace que podamos dañar o nos puedan hacer daño. De ahí, la idea de que la justicia restaurativa debe guiarnos en nuestra forma de vivir, de interrelacionarnos con otros seres humanos y así lograr una convivencia más pacífica.

Si el sistema no es restaurativo por mucho que hagamos prácticas restaurativas ocasionales, pocas cosas cambiarán, las diferentes prácticas restaurativas deben ser sistemáticas, y formar parte de un cambio a nivel global para lograr una sociedad

¹⁵³ Lewis, T, Stauffer, C and Davis, F. y otros (2021) “*Listening to the Movement: Essays on New Growth and New Challenges in Restorative Justice*”. Edición Kindle, Cascade Books, pp.150 y ss.

¹⁵⁴ A este autor se refiere Carl Stauffer en el video: “*Signs and Symbols of Restorative Justice as a Movement with Carl Stauffer*”, recuperado de <https://www.youtube.com/watch?v=Nx0jYPzlbF0>.

¹⁵⁵ Watchel, T. (1999) “Justicia restaurativa en la vida cotidiana, más allá del ritual formal”, <https://www.iirp.edu/news/justicia-restaurativa-en-la-vida-cotidiana-mas-alla-del-ritual-formal>.

restaurativa, por eso, la justicia restaurativa como movimiento social a nivel grupal y como forma de vida a nivel individual están íntimamente relacionadas y en su unión contribuirán a que el sistema pueda dejar de ser exclusivamente punitivo y contemple esta justicia restaurativa como una forma de mejorarlo y complementarlo, algo que es el argumento básico de esta investigación.

Por esto, debemos empezar a nivel individual para que pueda trascender estas prácticas y así contribuir a la transformación social, que ya hemos visto como objetivo de la justicia restaurativa como movimiento social.¹⁵⁶

(e) Conclusiones

La mayoría de los países contemplan la justicia restaurativa como paradigma de justicia e incluso como ya hemos visto, y de forma errónea como mecanismo alternativo. Sin embargo, también debemos considerar a la justicia restaurativa como movimiento social; de lo contrario, tendríamos una visión limitada en cada caso, por mucho que nos esforcemos en incorporar diversas perspectivas al aplicar la justicia restaurativa en cualquier de sus posibles formas de intervención.

Las diversas conceptualizaciones no son excluyentes sino complementarias.

La experiencia adquirida durante años de trabajo en procesos restaurativos con personas sobre todo adultas sentenciadas demuestran que en muchas ocasiones las causas indirectas —y a veces, lamentablemente, directas— de las conductas delictivas consisten

¹⁵⁶ En este caso vamos a hablar de Barb Toews quien nos da una explicación sobre esta forma de visionar la justicia restaurativa: “Creo que el compromiso de un individuo con la justicia restaurativa promueve la transformación social. Cuando un individuo vive restaurativamente, él o ella vive de una manera que construye relaciones y promueve el bien común. Ese enfoque cambia la forma en que las personas se relacionan. A medida que esas relaciones se influyen entre sí, la red de relaciones comienza a recrearse. Esta recreación promueve sociedades iguales, justas y mutuamente responsables. En una sociedad restaurativa, todos tienen acceso a seguridad, poder, relaciones, seguridad financiera, atención médica, educación y oportunidades significativas para el empleo y la recreación. Sin embargo, una persona no puede obligar a otra persona o sistema a cambiar. Hay momentos en que la promoción organizada es necesaria para alentar la transformación. La defensa restaurativa ocurre cuando las personas y organizaciones comprometidas con la justicia restaurativa se unen para transformar sistemas, no solo individuos o relaciones interpersonales. La transformación del sistema que buscamos respeta las experiencias y necesidades de todos y cada uno de los participantes de la justicia. Vivir los valores de la justicia restaurativa es una elección individual que tiene el potencial de crear una sociedad restaurativa.

Es un camino desafiante, ya que espera gran parte de las personas, las relaciones interpersonales y la sociedad en general. Pero hombres y mujeres en prisión pueden ayudar a liderar el camino.” Aunque sí alude a la justicia restaurativa como paradigma de justicia, Barb Toews tiene varias páginas en las que habla de formas en las que “vivir los valores de la justicia restaurativa es una elección individual que tiene el potencial de crear una sociedad restaurativa”, que sigue la línea de su colega y compañero, Vernon Yantzi. Véase: Toews, B. (2006) *The Little Book of Restorative Justice for People in Prison: Rebuilding the Web of Relationships* (The Little Books of Justice And Peacebuilding) Good Books, pp86 y87.

en que el Estado ha incumplido su obligación de asegurar a las personas el ejercicio efectivo de derechos establecidos en los textos legales y en la constitución.

De esta manera, sin tener en cuenta la conceptualización de movimiento social, se pasaría por alto la necesidad de involucrar al Estado en los procesos restaurativos así como las acciones que como sociedad civil organizada se deberían dar para evitar que existan adolescentes y adultos en condiciones de vulnerabilidad muchas de las ocasiones difíciles de superar.

Por todo esto, si empleamos una mirada amplia de esta justicia restaurativa incluyendo su conceptualización como movimiento social podemos cooperar a que el estado y el sistema en general puedan construir otras políticas públicas para generar prevención y en todo caso protocolos y programas de justicia restaurativa que aseguren la reinserción, y la pacificación de la sociedad.

Siempre que pensemos en justicia restaurativa es esencial pensar en involucrar al estado y a la sociedad, no solo para realizar programas restaurativos sino para lograr cambios que combatan las desigualdades que se generan con determinados delitos y ofensas.

5. Principales metodologías.



(Imagen de McCold 2000; McCold & Wachtel, (2002). International Institute for Restorative Practices¹⁵⁷).

¹⁵⁷ Imagen presentada por ambos autores durante su ponencia presentada en el XIII Congreso Mundial sobre Criminología, en Río de Janeiro. 10 abril de 2018, última consulta. <https://www.iirp.edu/eforum-archive/en-busca-de-un-paradigma-una-teori-a-sobre-justicia-restaurativa>

Esta imagen ha sido utilizada para explicar la última parte de la teoría de la ventana de la disciplina social, en concreto para hablar de las tipologías de prácticas restaurativas; se incorpora aquí porque es útil para visualizar las clases y variedad de metodologías para poner en práctica la justicia restaurativa.

Si analizamos la ilustración, vemos que se hace referencia a las tres partes afectadas por el delito: víctima, infractor y comunidad.

De esta manera, existen herramientas que se centran en las víctimas, infractores y comunidad por separado y que ya muchas están contempladas en nuestras leyes, son por no incluir a todos los agentes implicados, parcialmente restaurativas, por ejemplo, las que se centran en las víctimas: los servicios de ayuda a las víctimas, la reparación del daño por el delito sufrido; las que se centran en el infractor: pueden ser los trabajos comunitarios, las actividades destinadas a la reinserción o sustitutivas de una condena entre otras y las que se centran en la comunidad: pues en cierta medida también pueden ser los trabajos en beneficio de ella, la ayuda a los familiares de reclusos y muchas otras. Todas estas actividades serían herramientas de la justicia restaurativa, pero de carácter parcialmente restaurativo.

Lo más interesante es que suelen estar contempladas en las normas internas¹⁵⁸ de cada país, así como en las internacionales, y esto, es ya un gran paso y avance para contemplar e implementar, otras que sean mayor o totalmente restaurativas.

Por otro lado, hay otras herramientas que toman como referente a dos partes, y en este caso, aunque tienen mayor efecto restaurativo, no lo son en su totalidad por ejemplo la mediación penal.

Y por supuesto hay otras fórmulas para poner en práctica esta justicia, que incluyen a todos los agentes implicados, en una mayor medida y por eso serán totalmente restaurativas, un ejemplo de esto serán las conferencias o los círculos de paz.

¹⁵⁸ De esta forma, como ejemplo el código penal en España en el artículo 49 habla de las características y duración de los trabajos en beneficio de la comunidad : “*Los trabajos en beneficio de la comunidad, que no podrán imponerse sin el consentimiento del penado, le obligan a prestar su cooperación no retribuida en determinadas actividades de utilidad pública, que podrán consistir, en relación con delitos de similar naturaleza al cometido por el penado, en labores de reparación de los daños causados o de apoyo o asistencia a las víctimas, así como en la participación del penado en talleres o programas formativos o de reeducación, laborales, culturales, de educación vial, sexual y otros similares*”. Como consecuencia de la reforma de 2015, la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias publicó la Instrucción 10/2015 –EDL 2015/260503-, en la que se detallan los programas de intervención que desarrollarán los Servicios de Gestión de Penas y medidas alternativas, tanto; en lo que concierne a los trabajos en beneficio de la comunidad, cuando se impongan como pena y se cumplan mediante un programa, como cuando se establecen como medida o regla de conducta para la suspensión. <https://elderecho.com/ejecucion-de-la-pena-de-trabajos-en-beneficio-de-la-comunidad>.

En todo caso, las metodologías restaurativas más conocidas son: mediación penal, conferencias de familia¹⁵⁹ y círculos de paz.

Es aceptado que estos tres métodos son sellos de calidad de la justicia restaurativa sin embargo, no son las únicas metodologías restaurativas y pueden existir muchas más. Tampoco son modelos ideales puros pues cada país toma una metodología, y la adapta a las circunstancias del lugar. Cada una de éstas, está limitada a la voluntariedad de las partes para decidir si quieren o no participar.

A) Mediación víctima-infractor o reunión víctima-infractor.

Este es un proceso que provee una oportunidad a la víctima interesada de reunirse con el infractor, en un escenario seguro y estructurado, enfrentándose en una discusión del delito con la asistencia de un facilitador.

La Recomendación 99¹⁶⁰ del Comité de Ministros del Consejo de Europa, la define como “todo proceso que permite a la víctima y al delincuente participar activamente si lo consienten libremente en la solución de las dificultades resultantes del delito con la ayuda de un tercero independiente”.

Los objetivos de la mediación víctima - infractor incluyen: permitir a la víctima reunirse con el infractor sobre la base de la propia voluntad, animando al infractor a comprender el impacto del crimen y tomar responsabilidad del daño resultante, y proporcionando a la víctima y al infractor la oportunidad de desarrollar un plan para tratar el daño.

La mediación penal ¹⁶¹es la herramienta restaurativa, más conocida en países como España, sin embargo, solo incluye a dos de los posibles afectados por el delito víctima e infractor, por eso, en algunos casos será más aconsejable, incluir a otros indirectamente afectados como familia de ambos u otros miembros de la comunidad.

¹⁵⁹ La terminología no es unánime puesto que por ejemplo en México a las conferencias se las denomina Juntas y luego existen variedades de círculos como los círculos de paz, tratados de sentencia, círculos de convivencia etc.

¹⁶⁰ Sustituida por la Recomendación del Comité de ministros del Consejo de Europa sobre justicia restaurativa en asuntos penales, adoptada el 3 de octubre de 2018. El principal avance es que mientras la recomendación del año 1999 recomendaba el impulso de la mediación penal, la del 2018 hace lo propio con los programas de justicia restaurativa, sin concretar o priorizar en determinadas metodologías en detrimento de otras.

¹⁶¹ Jimeno Bulnes, M. (2015) “¿Mediación penal y/o justicia restaurativa?: una perspectiva europea y española”. Diario La Ley, ISSN 1989-6913, N° 8624.

Es un procedimiento¹⁶² que tiene por objeto la reparación y compensación de las consecuencias del hecho delictivo, mediante una prestación voluntaria del autor a favor del ofendido o la víctima y cuando no sea posible realizarlo a favor de la comunidad.

Es un proceso voluntario, gratuito, confidencial, alternativo o complementario al sistema tradicional de justicia, con intervención de un tercero, informal¹⁶³, pero con cierta estructura y no se pierden derechos (las partes siempre tienen abierta la vía judicial y en cualquier momento pueden desistir de la mediación penal).

Ambos conversan sobre el impacto del delito, la víctima puede hacer preguntas y recibir información, además de expresar sus sentimientos.

Las víctimas obtienen una sensación de cierre con respecto al hecho delictivo, de liberar su ira y otras emociones. Los infractores consiguen ver a sus víctimas como personas y no solo como objetos aleatorios, tienen la oportunidad de responsabilizarse, reducir la vergüenza y hacer la reparación del daño.

El facilitador se reúne individualmente con cada uno, antes de la sesión conjunta, les explica el proceso, analiza las posibilidades de desarrollar el espacio de cada parte, prepara a cada uno en el uso efectivo de la comunicación, aclara presunciones y expectativas.

Hay más de 300 programas de mediación víctima e infractor o reunión víctima-infractor en Norte América, y más de 500 en Europa¹⁶⁴.

Las investigaciones en tales programas encontraron una más elevada satisfacción entre víctimas, una mayor probabilidad de que el infractor cumplirá con la obligación de restitución o reparación del daño y menos infractores cometiendo nuevos delitos, comparado con los que siguieron un proceso tradicional, solamente.

Creemos que la terminología más adecuada para esta metodología debiera ser reunión víctima-infractor ya que por sus características y objetivos el enfoque difiere de una mediación. Es una precisión terminológica que en todo caso no afecta a las características y el potencial restaurativo de esta herramienta.

¹⁶² Domingo de la Fuente, V. (2008) "*Justicia restaurativa y mediación penal*". Revista de derecho penal. Lex nova, nº 23, pp. 33-68.

¹⁶³ Informal en el sentido de que cuenta con menos protocolo y burocracia que el proceso penal tradicional, se basa en la idea de que se van a reunir de forma voluntaria y van a tener un diálogo sincero sobre lo que sucedió.

¹⁶⁴ Highton-Alvárez, G. (1998) "*Resolución alternativa de conflictos y sistema penal. La mediación penal y los programas víctima-victimario*", Ad-hoc, Buenos Aires, pp. 81.

B) Conferencia de familia o grupo de comunidad.¹⁶⁵

Este proceso une a la víctima, infractor, familia, amigos y partidarios importantes de ambos, para decidir cómo gestionar las consecuencias del delito.

Los objetivos de la conferencia incluyen: dar a la víctima una oportunidad de estar directamente involucrada en responder al delito, aumentado la conciencia del infractor del impacto de su conducta y darle una oportunidad de tomar responsabilidad por ello, comprometiendo el sistema de apoyo a infractores para hacer enmiendas y formar su conducta en el futuro y permitir al infractor y la víctima conectarse con el apoyo clave de la comunidad.

Se reúne víctima, infractor, familiares de ambos, así como amigos y vecinos¹⁶⁶ (depende los lugares) con el objeto de gestionar el delito y resolverlo atendiendo a las necesidades de víctima, infractores y comunidad. Difiere de la mediación en materia penal, en que incluye no sólo a las víctimas primarias del delito sino también a las secundarias.

Ambos, víctima e infractor, pueden tener la presencia significativa de familia y amigos que pueden poner también de manifiesto el impacto que el delito les ha producido.

El propósito no es humillar a la persona responsable por el crimen, pero sí, darles una oportunidad para responsabilizarse y tomar conocimiento de sus consecuencias.

Se trata de mostrar al infractor que hay personas que se preocupan por él y así despertarle un sentimiento de responsabilidad respecto a su familia, círculo más cercano y comunidad en general. El hecho de que cada parte pueda llevarse personas que lo apoyen determina que así se puede promover un sentido de comunidad en el lugar donde se lleva a cabo la sesión restaurativa y favorece algo esencial, que todos se sientan seguros¹⁶⁷.

Las conferencias¹⁶⁸ implican cuatro fases:

1- Hechos.

La persona que ha causado el daño describe el hecho. Suele explicar qué le llevó al delito y qué ocurrió después. La víctima suele hacer siempre una pregunta ¿por qué a mí?.

¹⁶⁵ También llamadas Conferencias de grupos comunitarios y familiares por el Manual de las Naciones Unidas sobre programas de justicia restaurativa, p.22 y ss., https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Manual_sobre_programas_de_justicia_restaurativa.pdf

¹⁶⁶ Bazemore, G y Griffiths, C. (1997) “*Conferences, circles, boards and mediations: the new wave of community justice decision making*”. Federal Probation 61 (2) pp. 25-37.

¹⁶⁷ Bazemore, G. (2000) “*Community Justice a vision of collective efficacy: the case of restorative Conferencing*”. In criminal Justice, Volume 3. Washington DC. US Department of Justice, office of Justice programs, National Institute of Justice, pp. 228-297.

¹⁶⁸ Chapman, T. (2016) “*Charla ofrecida durante la IX Conferencia Internacional de Justicia Restaurativa. Foro Europeo de Justicia Restaurativa*”. Leiden (Holanda).

2- Sentimientos.

La persona perjudicada describe de qué manera se vio afectada por el delito. Esta suele ser la única oportunidad que tiene el infractor de escuchar las verdaderas consecuencias de sus actos. Después las personas de apoyo tienen su turno para hablar.

3- Implicaciones para el futuro.

Cada participante presenta opciones y posibilidades, acerca de qué se puede hacer para que las cosas a partir de ese momento vayan mejor.

4- Reintegración.

Primero a través de la desaprobación del comportamiento también se muestra respeto al infractor y se trabaja para reintegrarle en la sociedad.

De la misma forma la víctima necesita que su experiencia sea validada a través del reconocimiento del daño que ha sufrido.

En estas conferencias se analizan o son tenidos en cuenta ciertos aspectos¹⁶⁹

Examen de la conducta del infractor.

Participación de los miembros de la comunidad más próximos.

Fortalecimiento de las relaciones del infractor con su familia.

Fortalecimiento de la comunidad.

El facilitador del diálogo se reúne con el infractor y su familia y luego con la víctima y su familia (si esta quiere participar) luego se reúnen conjuntamente, siguiendo el esquema que he indicado. La conferencia fue adaptada de las prácticas tradicionales de maorí en Nueva Zelanda, donde es operada fuera del departamento de servicio social, y fue modificada aún más en Australia para la policía. Está ahora en uso en Norte América, Europa y en Sudáfrica, en una de aquellas dos formas. Ha sido usada con infractores juveniles (la mayor parte de los casos juveniles en Nueva Zelanda¹⁷⁰ son manejados por entrevistas) y con infractores adultos. Las investigaciones en tales programas demuestran un muy alto grado de satisfacción para las víctimas y los infractores en los procesos y resultados. Se ha extendido su uso a muchos países con diversos formatos y maneras de aplicación.

¹⁶⁹ Es parte de la Conferencia de Tim Chapman durante la IX conferencia que tuvo lugar en Leiden (Holanda).

¹⁷⁰ Maxwell, G., y Morris, A. (2001) “*Family Group Conferences and Reoffending (Conferencias grupales familiares y segundas ofensas)*”, en A. Morris & G. Maxwell (Eds.), “*Restorative Justice for Juveniles: Conferencing, Mediation and Circles*”. Oxford: Hart Publishing, pp. 38 y ss.

(a) Protocolo para facilitar conferencias restaurativas.

La característica fundamental de las conferencias es el uso de un guion para facilitar el desarrollo de las sesiones tanto preparatorias con cada una de las partes como las conjuntas.

En general, el guion más usado es el de waga-waga, cuyo nombre se refiere a la primera ciudad donde se utilizó en 1991, Nueva Gales del Sur, Australia y que fue elaborado por Terry O'Connell y en un principio usada como práctica restaurativa policial. (Moore y McDonald, 1995). Como esta investigación tiene un carácter no sólo teórico sino que aspira a tener un marcado carácter práctico fruto de los años de experiencia de aplicar diferentes metodologías en la realidad de los juzgados y del sistema penitenciario, a continuación vamos a relatar el guion para realizar conferencias que usamos en el Servicio de justicia restaurativa-amepax y que comenzamos a utilizar a raíz de la aprobación de la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, la primera norma que ya reconoció diferentes prácticas restaurativas y no solo la mediación penal.

Este guion se estructura en tres partes, la reunión con el infractor y su círculo de apoyo, la reunión con la víctima y su círculo de apoyo y la conjunta con todos los afectados.¹⁷¹

Guion:

Objetivos: Asegurarse de que el participante es consciente del sentir de los demás acerca del delito, para que puedan tomar una decisión informada sobre si el proceso restaurativo es adecuado para ellos/as.

¿Quién debe estar presente?.

La definición dice que las partes interesadas son las que van a participar (víctima, victimario, círculo más cercano de apoyo y/o comunidad). Tomando en cuenta los siguientes puntos:

- A no ser que la víctima dé el primer paso, el primer contacto es con el infractor.

¹⁷¹ Este guion ha sido elaborado por Virginia Domingo y es aplicado en la actualidad en el servicio de justicia restaurativa que presta la entidad amepax y que anualmente presenta una memoria de actividades a este respecto; <https://elcorreodeburgos.elmundo.es/articulo/burgos/justicia-restaurativa-da-solucion-quincena-asuntos-2019/20200205215302357660.html>

- Todo hecho que causó un daño es en principio restaurativo hasta que haya un motivo razonable para creer que el proceso empeorará las cosas.
- No hay que dar por sentado que todo el mundo rechazará el proceso.
- La participación de las personas en el proceso es voluntaria.

¿Qué pasos hay que dar para comenzar la conferencia?.

Con el infractor:

Se debe concertar una cita con la persona que causó el daño. Cuando se haga por teléfono u otro medio, hay que evitar describir el proceso totalmente, es algo muy amplio y puede no comprenderse, si se explica en pocos minutos. En todo caso el motivo de la llamada es concertar una reunión para hablar sobre las consecuencias del hecho que causó daño y su implicación para el futuro.

Intentar tener la reunión con la mayoría de los potenciales apoyos del infractor. Por eso se debe considerar preguntar si los padres, cónyuge, amigos...estarán presentes en la reunión y hacer lo posible para que estén ahí.

En delitos más graves es mejor reuniones por separado infractor y su círculo de apoyo. Si son menos graves se pueden hacer conjuntamente.

A las personas de apoyo se las explica su función y si la reunión previa es conjunta con su ser querido se le da la palabra por si quiere añadir algo más. No es necesario que hablen siempre y en todo caso.

Si la reunión es por separado, se le hacen preguntas similares a las que vamos a ver y ya hemos visto (preguntas temporales).

Reunión con el infractor y sus personas de apoyo:

Posibles preguntas:

1. ¿Qué pasó?.
2. ¿Qué ocurrió después?.
3. ¿Qué preguntas crees que la gente podría tener?.
4. ¿Qué les responderías?.

5. ¿Quién estuvo afectado por tus hechos?.
6. ¿Cuál crees que será su reacción a lo que has dicho?.
7. Imagina que las personas perjudicadas están aquí: ¿qué les dirías?.
8. ¿Qué crees que te responderían?.
9. ¿Cómo piensas que ellos creen que eres?.
10. ¿Cómo eres? ¿Crees que ayudaría si les cuentas la verdad?.
11. ¿Cómo crees que las cosas podrían mejorar?.
12. ¿Qué puedes hacer para mejorar las cosas? (para hacer lo correcto).
13. ¿Crees que podrías decir estas cosas cara a cara a la víctima?.
14. Si concierdo una cita con él, asistiría y le contaría lo que me ha dicho.
15. Describirle como sería la reunión, crear una imagen de la reunión en la mente del sujeto para que pueda decidir con mayor precisión lo que quiere hacer.
16. Si la persona que causó el daño no tiene personas que le puedan apoyar profundizar en el fondo y razones, por ejemplo, si han sido abandonados por su familia, esta puede ser su percepción pero no la de su familia. Puede haber una persona que significa mucho para ellos, pero por ejemplo pueden estar muy avergonzados como para hablar sobre el hecho frente a ellos. También se le puede preguntar si habló del hecho a alguien, a menudo revelan a una persona en quién confían y que también pueden ser personas de apoyo.
17. Explicar que se hablará con la víctima, de igual forma que con él para ver si quiere participar.
18. El consentimiento por escrito no es necesario a no ser que sea exigido por los protocolos oficiales.
19. Pedir permiso para compartir cualquier información con la víctima, por ejemplo antecedentes personales, historia personal...

Con la víctima:

El objetivo es asegurarse de que el participante es consciente de lo que siente acerca de lo que sufrió para que pueda tomar una decisión valorada y libre, sobre si la conferencia restaurativa es conveniente. ¿Quién debe estar presente? Las personas que sufrieron el daño son las interesadas en el hecho y su resolución. A no ser que la víctima dé el primer paso hacia un proceso restaurativo, el primer contacto es con el infractor.

Esto puede ayudar a evitar la revictimización, que surgiría después de que el infractor no acepte participar y la víctima, ya hubiera aceptado.

Un miembro de la comunidad o de una organización puede ser perjudicado aunque el hecho no le haya afectado directamente¹⁷². Los objetivos son iguales en cuanto a la preparación de la víctima y su círculo de apoyo. Se hará por separado si las circunstancias así lo aconsejan especialmente en delitos más graves. En las reuniones por separado se les hace las mismas o similares preguntas a las de guion.

Si se hace conjuntamente, se actúa igual que con el círculo de apoyo del infractor, se explica su función y se les da la palabra por si quieren comentar o añadir algo a las respuestas de sus seres queridos.

Reunión con la víctima, y otras personas afectadas:

1. ¿qué pasó?.
2. ¿Qué pensaste en ese momento?.
3. ¿Cómo te sentiste? (Esta pregunta dependerá mucho, de cuál es el delito, valorar la conveniencia de preguntar esto, en delitos graves).
4. ¿Qué has sentido desde entonces?.
5. ¿Qué fue la cosa más difícil?.
6. ¿Alguna persona más ha sido afectada por el hecho?.
7. ¿Cómo piensas que es la persona que cometió el delito?.
8. ¿Crees que la persona que te dañó comprende cómo te afectó?.

¹⁷² Bazemore, G. (2000) “*Community Justice a vision of collective efficacy: the case of restorative conferencing*”. In criminal Justice, Volume 3. Washington DC. US Department of Justice, office of Justice programs, National Institute of Justice, p. 228-297.

9. Imagina que la persona que causó el daño está en esta habitación ¿qué le dirías si estuviera aquí?. ¿Qué le preguntarías?.
10. ¿Qué piensas que respondería?.
11. ¿Crees que deberían saber todo lo que me has contado?.
12. ¿Qué se podría hacer según tú, para que las cosas fueran mejor?.
13. ¿Qué crees que se podría hacer para que no volviera a suceder?.
14. ¿Podrías decírselo cara a cara al infractor?. Si concierdo una reunión, ¿asistirías?.
15. Si el infractor te dio permiso, puedes informar acerca del resultado del encuentro con la otra parte (por ejemplo he hablado con...él / ella y me ha dicho que si fuera posible le gustaría tener la oportunidad de decirte como le ha afectado el daño que te causó...).
16. Lo mismo que con el infractor con relación a las personas que les puedan apoyar si es que no tienen, pedir permiso para contar lo que se ha dicho en la reunión conjunta, consentimiento por escrito no es necesario.

Reunión conjunta.

Bienvenida e introducción.

Bienvenidos, como sabéis mi nombre es...he sido elegido para ser facilitador en esta reunión (presentar a los participantes, si fuera necesario).

He hablado con vosotros acerca de lo que pasó (describir brevemente lo sucedido, teniendo en cuenta las herramientas de la comunicación). Os recuerdo que estáis aquí para hablar de lo que pasó, y sobre todo de las consecuencias de lo que sucedido (si es necesario recordar reglas del respeto etc.). Les voy a invitar para que hablen con franqueza sobre cómo les afectó o dañó lo ocurrido. Esto ayudará a todos a entender, lo que hay que hacer para reparar el daño causado y hacer las cosas bien (lo correcto).

Narración inicial: ¿qué pasó? Hechos y sentimientos.

Al infractor. Me gustaría empezar con...Nos podrías contar ¿qué pasó? ¿qué ocurrió? ¿Qué pasó después? (se debe intentar que se cuente toda la historia, aquí las preguntas son claves) ¿Qué pensabas en ese momento? ¿Qué has pensado desde entonces?.

En este momento, se añaden las preguntas que consideremos necesarias para que nos cuenten qué pasó y como lo han vivido. (Es recomendable que cada facilitador incorpore las preguntas que considere clave para ellos o ellas).

Narración intermedia: hechos y sentimientos.

A la víctima u ofendido: Has escuchado ...nombre del victimario. Nos puedes contar ¿qué pasó? ¿Qué pensaste de lo que hizo...decir el nombre del infractor? ¿Qué has pensado desde entonces? ¿Cómo te afectó a ti y otros el hecho? ¿Qué es lo que ha sido más duro o peor para ti? (añadir preguntas que consideremos convenientes para que la víctima cuente qué pasó y sobre todo cómo el delito impactó en su vida) Y dar la palabra a su círculo de apoyo, por si quieren añadir algo.

Si hubiera personas de la comunidad, darles la palabra para que cuenten cómo han vivido el hecho y qué impacto creen que ha tenido en los miembros de la comunidad.

Volver de nuevo al infractor. Acabas de oír en qué manera...decir nombre de la víctima y otras personas, se vieron afectadas por lo que hiciste. ¿Hay algo que quieras decir en este momento? ¿Aprecias el impacto que ha tenido lo que pasó? ¿Crees que se necesita hacer algo para reparar el daño? (añadir las preguntas que consideremos para que el infractor tenga claro el daño que ha producido, y si es posible nos dé ya un compromiso de su voluntad de reparar o compensarlo) Dar la palabra a su círculo de apoyo, por si quieren añadir algo.

A la víctima ¿Qué crees que debe pasar para que el daño se repare? ¿Cómo crees que podría mejorarse esta situación? dar la palabra también si quieren, a su círculo de apoyo.

Dar la palabra a los representantes de la comunidad, si los hubiere. Generalmente para ver si quieren añadir o comentar algo.

Volver al infractor ¿qué piensas acerca de lo que la víctima ha sugerido? ¿Qué crees que debes hacer? ¿qué podrías hacer? Dar la palabra a su círculo de apoyo.

En este momento es probable que las personas ya hayan hecho ofrecimiento de cómo reparar el daño, e incluso puede que todos los presentes estén de acuerdo. Por tanto, no sería necesario el siguiente paso. Y pasaríamos a anotar los acuerdos y asegurarnos que todos lo tienen claro.

Posibles compromisos e implicaciones para el futuro.

Volver a la víctima y personas de apoyo ¿qué os gustaría que resultara de la reunión de hoy? ¿Qué os parece lo que ha comentado la otra persona (infractor) ¿estarías satisfecho con estos compromisos? Dar la palabra a la comunidad si estuviera presente sobre los acuerdos o compromisos que están alcanzando.

Volver al infractor y personas de apoyo. (En su caso anotar posibles sugerencias de la víctima y su círculo de apoyo) ¿Qué piensas/sientes acerca de lo que se ha dicho? ¿Podrías asumir estos compromisos?.

Asegurando la reintegración:

Preguntas opcionales para el infractor: ¿actuaría de forma diferente ahora? ¿Qué has aprendido de esta reunión?.

Cierre:

Invitación final para hablar ¿Qué pensáis de lo que ha ocurrido hoy aquí? Antes de dar por concluida la reunión, ¿hay algo más que queráis decir o preguntar? Dar la palabra a todos los asistentes por igual (infractor, círculo de apoyo, víctima y su círculo de apoyo y/o comunidad, si estuviera presente). Cerrar la reunión Gracias por el esfuerzo de participar en esta reunión. Espero que este tiempo juntos, compartiendo, os haya sido de utilidad.

C) Tratado de paz, círculos de sentencia o círculos de paz.

Este es un proceso diseñado para desarrollar consenso entre miembros de la comunidad, víctimas, defensores de víctimas, infractores, jueces, fiscales, consejo de defensa, policía... sobre un plan de sentencia apropiado, que satisfaga las inquietudes de todas las partes interesadas. Las metas de los círculos¹⁷³ incluyen: promover la curación de todas las partes afectadas, dando la oportunidad al infractor de enmendar el daño, dando a las víctimas, infractores, miembros de familia y comunidades una voz y una responsabilidad compartida para hallar resoluciones constructivas, dirigiéndose a las causas fundamentales de conducta criminal, y construyendo un sentido de comunidad alrededor de los valores compartidos de la comunidad.

¹⁷³ Pranis, K. (2006) “*Manual para facilitadores de círculos*”. Editorial Conamaj (Comisión nacional para el mejoramiento de la administración de justicia). Traducido por Sara Castillo (Conamaj) y Miguel Tello (Círculos S.A) <https://www.conamaj.go.cr/images/libros/pdf/011.pdf>

Los círculos fueron adaptados de ciertas prácticas tradicionales nativas americanas y están siendo utilizadas en todo Norte América¹⁷⁴. Existe al igual que con las conferencias, diversas clases de círculos, a continuación vamos a hablar de los más importantes.

(a) Círculos de construcción de paz.

Su origen más remoto se encuentra en la tradicional resolución de conflictos entre los Navajo que implica la Hozhooji —que significa vivir en “relación correcta”. Si una persona se siente ofendida por otra, ellos piden primero al agresor que arregle las cosas¹⁷⁵.

El término para la demanda es “nalyeeh”, una demanda de indemnización. Nalyeeh es también una demanda para reajustar la relación de modo que se haga lo correcto¹⁷⁶. Si esto no funciona, la persona perjudicada podrá recurrir a un líder respetado de la comunidad para organizar y facilitar un proceso de paz. En este proceso no confrontativo, los miembros de la familia de las víctimas y de su clan y los correspondientes ofensores intentan llegar a una solución. Su construcción nos está permitiendo en la actualidad trabajar programas individuales de justicia restaurativa dentro del centro penitenciario de Burgos.

(b) Círculos de sanación.

El programa de sanación de Hollow Water (Hollow Water Healing Program), en Manitoba. Empezó según Taraschi¹⁷⁷ como una respuesta al incesto y asalto sexual, buscando no sólo sanar conexiones íntimas y la dignidad humana, sino también enfrentar las disposiciones sociales que permiten el florecimiento de la violencia.

Hollow Water ha seguido utilizando círculos desde 1986 para transformar los conflictos que generan daños sociales en su comunidad.

¹⁷⁴ Dick, D. (2004) “*Circle sentencing of Aboriginal offenders - victims have a say*”, en Journal of the Judicial Commission of New South Wales, n°. 1, pp. 57-72.

¹⁷⁵ Yazzie, R. (1994) “*Life comes from it: Navajo justice concepts*”, New Mexico Law Review, 24, pp175–90.

¹⁷⁶ Yazzie, R. y Zion, J. (1994): “*Navajo restorative justice: the law of equity and harmony*”, en B. Galaway, Hudson, J. (eds.): Restorative Justice: international perspectives, Criminal Justice Press. Monsey, NY, pp. 135 y ss.

¹⁷⁷ Taraschi, S. (1998) “*Peacemaking criminology and aboriginal justice initiatives as a revitalization of justice*”, Contemporary Justice Review, 1(1), pp.117.

(c) Círculos de sentencia.

Un círculo de sentencia es un proceso dirigido por la comunidad que se asocia con el sistema de Justicia Penal para llegar a un consenso sobre un plan de sentencia¹⁷⁸. Los círculos de sentencia utilizan un ritual y una estructura de círculo tradicionales para crear un espacio de respeto. Allí, los miembros comunitarios interesados, las víctimas, los defensores de las víctimas, los ofensores, los defensores de los ofensores, el juez, el fiscal, el abogado defensor, la policía y los empleados de los tribunales pueden hablar de corazón en la búsqueda común de la comprensión del evento. Identifican los pasos para sanar a las partes afectadas y para prevenir futuras ocurrencias¹⁷⁹. Fueron iniciados en 1991 en el Yukon por el juez Barry Stuart.

Son similares a las conferencias en el sentido de que incluyen a más participantes además de la víctima primaria y el infractor, la diferencia es que aquí cualquier persona interesada en el caso puede participar. Los círculos a diferencia de la mediación penal, no ha tenido una evolución y desarrollo lineal y se han desarrollado de muy diferentes formas, con el propósito de adaptarse a los objetivos que quiere seguir el que aplica un proceso restaurativo.

Por eso, existen círculos de diálogo, de resolución de conflictos, de sanación y pueden ser totalmente restaurativos si incluyen a víctima, victimario, círculo de apoyo de ambos y comunidad. O parcialmente restaurativos si solo incluyen a la víctima y su familia o infractor y familia o la comunidad. Es una herramienta que se mostrado muy útil, en el ámbito escolar, comunitario y penitenciario.

(d) Estructura de los círculos en el programa de justicia restaurativa-reconexión.¹⁸⁰

Siguiendo la propuesta y el espíritu de este trabajo de constituir un aporte teórico pero también práctico sobre la justicia restaurativa y su compatibilidad con el sistema penal y penitenciario, a continuación se va a relatar las ideas básicas de los círculos restaurativos

¹⁷⁸ Griffiths, C. y Hamilton, R. (1996) “*Sanctioning and healing: restorative justice in Canadian aboriginal communities*”, en Galaway, B., Hudson, J. (eds.): *Restorative Justice: international perspectives*, Criminal Justice Press. Monsey, NY, pp. 39 y ss.

¹⁷⁹ Pranis, K. (1997) “*Restoring community: the process of circle sentencing*”, paper presentado en *Justice Without Violence: Views from Peacemaking Criminology and Restorative Justice*, Albany, New York.

¹⁸⁰ Este programa fue una de las propuestas y conclusiones de esta investigación y se ha puesto en marcha en el año 2019 en el centro penitenciario de Burgos, fruto del acuerdo de colaboración con Instituciones penitenciarias. De forma más completa aparece explicado en el anexo I de esta investigación.

que usamos dentro del centro penitenciario de Burgos y para el programa de justicia restaurativa reconexión, tienen su inspiración en los círculos usados por Kay Pranis.

Elementos fundamentales:

- 1- Sentarse en círculo. Es importante que sea un círculo y a ser posible perfecto para que todos puedan mantener contacto visual durante el encuentro y así fortalecer la percepción de horizontalidad e igualdad entre los participantes.
- 2- El facilitador. Término acuñado por Carl Rogers en 1950 (psicólogo de EEUU). Es el encargado de mantener una presencia empática durante todo el encuentro y no juzga.
- 3- Objeto de la palabra. Durante el encuentro, se utilizará un objeto que va de mano en mano y hace que el participante que tenga el objeto es el único que puede hablar y los demás no pueden interrumpirle. Cada vez que el objeto de la palabra circule, será porque el facilitador ha realizado una pregunta.
- 4- Pieza en el centro. Puede ser un tapete y puede ser complementado con otros elementos a criterio del facilitador. La pieza en el centro tiene dos funciones; receptáculo de los valores construidos por el grupo y como punto de fuga, si cualquier participante se siente incómodo.

Dependerá de la clase de círculo el hecho de que el facilitador tenga mayor libertad para montar una pieza en el centro. Fases:

- 1- Ceremonia de apertura.

Marca el inicio del círculo. Originalmente era un espacio sagrado en los peacemaking circles, podemos decir que se trata de proporcionar un espacio seguro para que se genere un diálogo sincero y respetuoso, donde poder tratar los temas.

Estas ceremonias preparan a los participantes para que se sientan cómodos, relajados y enfocados en lo que va a suceder. Cuando los círculos son menos complejos, las ceremonias pueden ser más variadas.

Clases de ceremonias de apertura:

Relajación.

Dinámicas.

Juegos.

Música instrumental.

Textos y mensajes.

Poesías.

2- Presentación /check in.

Momento en que inicia el círculo, siempre utilizando el objeto de la palabra cada participante hace una autovalidación de su estado emocional. Se pregunta a los participantes, como se sienten en ese momento, y comienza el facilitador, así mostrará a los participantes, que también está presente y dispuesto a participar. Además, comienza el facilitador para dar una idea al resto de los participantes de cómo deben responder de forma respetuosa en tiempo y forma. Normalmente el check in, comienza con la presentación personal bastando para eso preguntar ¿Cuál es su nombre y como se está sintiendo ahora? Si es necesario saber las relaciones de los participantes, se puede solicitar más información en el momento de la presentación. El facilitador siempre agradece a los participantes en cada rodada del objeto de la palabra, por su participación y la expresión de sus sentimientos.

3- Valores compartidos.

En este momento, el facilitador propone a los participantes apuntar sus valores fundamentales para abordar el problema y ayudar a su participación en el círculo. Con la ayuda del objeto de la palabra, van exponiendo sus valores y depositando el papel donde están escritos en la pieza del centro. Esta rodada, en que cada persona expondrá sus valores, suponen un acto generador de empatía y va a crear una base sólida de seguridad para momentos posteriores del círculo.

El punto de encuentro son los valores compartidos, que harán que las personas se sientan confortables para contar sus historias personales.

4- Directrices.

Son las reglas del grupo, normalmente son definidas por el grupo. Comenzará la rodada el facilitador y se asegurará que el respeto al objeto de la palabra esté entre esas reglas. Puede hacerse una segunda rodada para ver si están conformes y quieren añadir alguna regla más.

Cuando se trata de círculos más complejos, el facilitador debe presentar algunas reglas básicas como respeto al objeto de la palabra, conducta respetuosa y no violenta, y la confidencialidad (salvo excepciones). Y después de presentar estas reglas pasa el objeto de la palabra, para que los demás participantes puedan proponer otras reglas.

5- Preguntas.

Empáticas. No están relacionadas con la situación conflictiva que ha hecho que surja el encuentro. Su función es hacer que todos en el círculo se conozcan un poco mejor, reconociendo las historias de las otras personas como algo que debe ser respetado y revalorizado. En los círculos menos conflictivos, se hacen generalmente este tipo de preguntas. Es un momento importante que acaba por generar identificación y empatía entre los participantes.

Son preguntas abiertas, centradas en la vida personal de los participantes en sus emociones, no en los hechos vividos. Algunos ejemplos; “cuéntenos un momento feliz de su infancia”, “cuéntenos una historia divertida que le haya sucedido”, “cuéntenos algo interesante de su profesión”

De transición. Tienen el mismo formato que la empática pero aquí tienen relación con el pasado común de los participantes y no son respondidas por el facilitador. En los círculos más complejos tienen un doble propósito: por un lado, contar una historia que siendo individual, tenga que ver con las otras personas presentes y por otro, proporciona a los asistentes, una primera aproximación a la situación que motivó el encuentro. Por tanto, debe abordar algún aspecto específico y positivo relacionado con el asunto que generó el conflicto. Estas respuestas nos van a servir para elaborar las preguntas esclarecedoras que vendrán después.

Algunos ejemplos “cuéntenos sobre su historia en ese lugar de trabajo” (si el conflicto está sucediendo en el lugar de trabajo) “cuéntenos cómo se siente viviendo en ese barrio” (si el conflicto surgió en el barrio).

Preguntas esclarecedoras. Tienen por objeto aclarar los puntos de vista de cada participante sobre la situación o el problema. No son respondidas por el facilitador. Se deben enfocar en los aspectos emocionales de los participantes, sus vivencias para que así todos puedan conocer y comprender los sentimientos y necesidades de cada uno.

Son preguntas abiertas pero más enfocadas en aspectos específicos del conflicto, tienen el poder de producir claridad de ideas y objetivos, identificar motivaciones y posibles soluciones, evidenciar posibles bloqueos e impedimentos para avanzar y reflexiones para avanzar. Clases:

Preguntas esclarecedoras sobre las emociones y visiones personales en el momento de los hechos (pasado).

Preguntas esclarecedoras sobre las emociones y visiones de cada participante que ha tenido el hecho en su vida habitual, que impacto ha tenido (presente). Preguntas esclarecedoras sobre la posibilidad de transformación de la situación en el futuro, que ayude a los participantes a una convivencia más segura, respetuosa y armónica. (futuro).

6- Acuerdo.

Buscar un consenso, es la única forma aceptada de tomar decisiones dentro del círculo. Todos deben sentirse satisfechos con lo acordado, y de manera personal todos ayudaran a materializar la totalidad del acuerdo plasmado.

7- Check out.

En este momento se pregunta a los participantes cómo se sienten al término del círculo y el facilitador esta vez, es el último en responder, garantizando así que todos los participantes expresen libremente sus sentimientos y así es también una forma de validar el encuentro.

8- Ceremonia de cierre.

Marca el término del círculo. Así como la ceremonia de apertura, debe ser algo familiar para que el facilitador se sienta comfortable, siempre respetando a los participantes y sus diferentes visiones del mundo, nuevamente aquí, la simplicidad es fundamental.

Como en la de apertura, en los círculos menos complejos, el facilitador tiene más libertad para escoger las ceremonias de cierre. Pueden ser dinámicas, juegos, textos o poesías.

D) Otras posibles metodologías restaurativas.

Hemos visto que hay muchas metodologías restaurativas y que las totalmente restaurativas, son las que incluyen a víctima, infractor y comunidad.

Además hay tres que son las más conocidas, y que tienen unas características básicas, aunque en cada país las adaptan a su realidad, por eso decíamos que no se debe copiar modelos ideales puros. Hemos observado que hay otras prácticas restaurativas o al menos instituciones que están en nuestro derecho interno como los trabajos en beneficio de la comunidad, que pudieran tener enfoque restaurativo si se adecuan a los principios de la justicia restaurativa o se pueden quedar en una pena como ocurre en el código penal español si no se la da este enfoque restaurativo. Un ejemplo de esto es la conciliación en equidad de Colombia¹⁸¹. Hasta ahora hemos hablado de metodologías restaurativas ideales, en las que participan de forma voluntaria víctima, infractor y/o comunidad. Pero puede suceder que la víctima no desee participar o no esté preparada, así que se hace necesario buscar metodologías alternativas que busquen la consecución de los objetivos que más tarde veremos sobre justicia restaurativa, y que no siempre tienen relación con una posible reunión conjunta y directa. Un ejemplo de otras prácticas o metodología es el programa del Árbol del Sicomoro.

El programa Sycamore Tree Project¹⁸² surge ante situaciones cotidianas imperfectas (infractores no identificados, no capturados...y víctimas con necesidades restaurativas) que harían imposible o no aconsejable un encuentro ideal víctima e infractor pero que no impide valorar otras opciones, igualmente restauradoras, como la que se ha puesto en marcha con este programa.

El proyecto consiste en un curso intensivo, que reúne entre los muros de la prisión a un grupo de víctimas y victimarios, no relacionados entre sí (es decir, los reclusos no son responsables del delito cometido). Tómese como ejemplo: homicidas con personas que tuvieron a un pariente asesinado, secuestradores con quienes fueron objeto de un secuestro. Se trata de víctimas subrogadas.

¹⁸¹ Rosero de la Rosa, S. (2016) “*Conciliación en equidad: un aporte a la resolución de conflictos en materia de Derecho de Familia, en el municipio de Tumaco, Nariño*”. *Advocatus*, volumen 13 no. 26: 189 - 224, Universidad libre seccional, Barranquilla. Si bien no es una metodología concreta y reconocida de justicia restaurativa, su definición como forma de administrar justicia en la comunidad y por la comunidad, la acerca mucho a esta justicia restaurativa.

¹⁸² Confraternidad Carcelaria Internacional-Colombia. 10abril de 2018. <http://www.pfcolombia.org/programa-arbol-sicomoro>.

A través de esos encuentros de restauración¹⁸³, en los que se habla de las razones y los efectos del crimen, de los daños causados y de la necesidad acuciante de un proceder reparador, se persigue el conocimiento mutuo (el descubrimiento del otro, de sus idiosincrasias, de sus circunstancias), la merma del estrés, la pérdida del rencor, el cese del espíritu retribucionista, (de los que proclaman, con sed de vindicta; “queremos justicia”, “hágase justicia”), el perdón (simbolizado en la lección de Martín Luther King, para quien “Aquel que es incapaz de perdonar es incapaz de amar”, así como en el aludido gesto del Pontífice Juan Pablo II, al exculpar a quien atentó contra su vida, pero que precisamente no es sinónimo de reconciliarse) y la interiorización de la responsabilidad (con el consecuente arrepentimiento) por su acto.

Se reúnen seis u ocho personas en cada grupo durante 5 a 8 semanas, en sesiones de dos horas.

Los cursos son rigurosos en cuanto a la asiduidad, la puntualidad, la participación en los debates, el respeto a los demás, la confidencialidad, fijándose normas de conducta que deben ser cumplidas.

En sus apuntes sobre el programa, señala Carlos Brenes Quesada¹⁸⁴: “El coordinador utiliza una guía de trabajo, ya comprobada en la práctica, para conducir al grupo a lo largo de una serie de temas, que eventualmente llevan al momento en que víctimas y transgresores intercambien cartas y convenios, en que expresan sus sentimientos y el deseo de avanzar hacia la reconciliación. A los ofensores se les insta a buscar la manera de compensar el daño que haya provocado su conducta delictiva.

A las víctimas se les da la oportunidad de analizar cómo asumir el control de sus propias vidas y emprender el camino hacia la sanación y la restauración. Por último, el grupo se reúne en un acto público de celebración y culto. Se trata, por tanto, de procesos restaurativos que fomentan el encuentro de la humanidad perdida u olvidada del infractor, generando empatía y sentimientos que les ayuden a empezar a reconocerse como personas, como seres humanos que no quieren dañar a otro semejante.

¹⁸³ Se realiza en diferentes lugares del mundo por la Confraternidad carcelaria internacional, en Colombia lo definen como “un programa de propiedad de la Confraternidad Carcelaria Internacional que reúne a víctimas y victimarios del delito, para que dialoguen asuntos relacionados con los dos, mediante el apoyo de facilitador a través de encuentros dentro y fuera de las prisiones colombianas, para que mediante el diálogo y el desarrollo de la metodología del PAS, logren sanar sus heridas, el perdón y la reconciliación”. De esta definición destaca el hecho de que, al ser una entidad religiosa, la que lo promueve, si utilizan expresiones como el perdón, que no tienen que ver con los objetivos de la justicia restaurativa en general, como hemos visto. Recuperado de <https://www.pfcolombia.org/programas/arbol-sicomoro/>.

¹⁸⁴ Brenes Quesada, C. (2009) “*Justicia Restaurativa; una herramienta para la solución al fenómeno costarricense de la criminalidad*”. Universidad Fidelitás, pp.32 y ss.

Esto se consigue a través del encuentro con víctimas que han sufrido un delito y generalmente grave, contando su historia, los infractores pueden empezar a entender o comprender, en qué medida sus delitos y sus crímenes, pudieron causar el mismo o similar efecto a otros seres humanos. Esto puede generarles, un punto de inflexión para no querer volver a delinquir. Para la víctima, es una oportunidad de contar su historia, sus sentimientos y el camino que están atravesando hacia su curación, el poder ser escuchadas mitiga y las hace sentirse dignas de respeto y consideración.

También las permite sentir que en el infractor hay humanidad y que no son los monstruos que pensaban, servirá para que sientan que hay menos probabilidades de que vuelvan a delinquir y, por tanto, hay menos posibilidades de que otras personas, se conviertan en víctimas, recuperan el sentimiento de seguridad¹⁸⁵.

Incluso se pueden modificar estas metodologías para adaptarlas a las necesidades de las personas afectadas, (no olvidemos que la justicia restaurativa destaca por su flexibilidad).

Pues se puede buscar metodología indirecta¹⁸⁶ como que el infractor escriba una carta a la víctima o se grabe un video, o en lugar de la víctima en la reunión conjunta, participe alguien que no sea la víctima, pero sea de su confianza y actúe representándola a ella.

Es decir, hay no son modelos únicos y además la realidad del día a día, nos va a ir guiando para encontrar la metodología, que más se adapte a las necesidades de las partes.

6. Aspectos comunes y diferencias entre justicia tradicional y justicia restaurativa.

A) Aspectos comunes.

Ambas, justicia retributiva y restaurativa, tienen el **mismo objetivo, reequilibrar las consecuencias de un delito**¹⁸⁷, **aunque la diferencia es cómo se va a hacer.**

Según la justicia retributiva, causar dolor es imprescindible para armonizar la conducta ilícita y censurarla. El reequilibrio se logra castigando al infractor con una pena prevista por la ley.

¹⁸⁵ Vanfraechem, I., I. Aertsen y Willemsens, J, eds. (2010.) *“Restorative Justice Realities. Empirical Research in a European Context”*. La Haya: Eleven International Publishers, pp.22 y ss.

¹⁸⁶ De hecho, es común usar videos, cartas o contactos indirectos no solo cuando víctima o infractor no quiere una reunión conjunta sino incluso cuando los facilitadores, no valoran conveniente esta reunión. A veces lo más restaurativo que se puede hacer es no usar una metodología clásica que implique reunión conjunta y usar otras vías.

¹⁸⁷ Zehr, H. (2012) *“Cambiando de lente: un nuevo enfoque para el crimen y la justicia”*. Herald press. Durante su lectura explica muchos de los postulados que se van a sostener en estos apartados acerca de los aspectos comunes y diferencias entre justicia tradicional y restaurativa.

Sin embargo, **la vertiente podríamos llamarla aunque suene contradictorio, retributiva de la justicia restaurativa busca el equilibrio, dando un papel más activo al infractor y sobre todo a la víctima¹⁸⁸, actuando de forma constructiva, no respecto al hecho pasado delictivo, sino mirando hacia el futuro sin delitos.**

En un mundo en que las personas cada vez más se sienten alienadas, la justicia restaurativa construye sentimientos positivos y fortalece lazos sociales. El objetivo de esta justicia, en el ámbito penal, trata no solo de reducir el crimen sino también de reducir su impacto. La capacidad de la justicia restaurativa para hacer frente a estas necesidades emocionales y de relación y dar participación al ciudadano es la llave para una comunidad más saludable. Para esta justicia, el delito rompe la paz entre los miembros de la comunidad y por eso, los infractores, deben hacer las cosas bien también para con la comunidad. Algunas víctimas, revelan que se sienten como un “cebo” para que el infractor sea condenado, pero los efectos de los delitos en las víctimas a veces son visibles y otras no, y la justicia restaurativa podría procurar su atención de forma más satisfactoria¹⁸⁹.

B) Diferencias.

Para poder hablar de las diferencias entre justicia restaurativa y la tradicional que algunos han venido a llamar retributiva, sería conveniente determinar hasta qué punto podemos establecer que nuestra actual justicia puede considerarse retributiva. El investigador Vahakn Dadrian¹⁹⁰, a través de sus estudios comparados de genocidios en la historia occidental del siglo XX (particularmente el genocidio armenio y el Holocausto), pone de relieve un aspecto fundamental para la comprensión de la justicia retributiva: el eje impunidad-castigo. Según este autor, los genocidios y especialmente la victimización genocida de los armenios y los judíos tuvieron un amplio impacto e influencia en la formación del “espíritu legal” de la justicia retributiva¹⁹¹.

¹⁸⁸ A este respecto la legislación actual está dando mayor protagonismo a la víctima en el proceso penal prueba de ello es la ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, que entro en vigor el 28 de octubre de ese mismo año. Por eso, las diferencias entre la justicia restaurativa y la actual son cada vez menores, y en este sentido compatibilizar ambas para mejorar el derecho penal no sería del todo descabellado como vengo postulando durante esta investigación.

¹⁸⁹ Bolivar, D. (2011) “*Conceptualizing victims` restoration in restorative justice*”, International review of Victimology, vólum.3 N° 17.

¹⁹⁰ Dadrian, V. (2004). “*Las interrelaciones históricas y legales entre el genocidio armenio el holocausto judío: de la impunidad a la justicia retributiva*”. Índice: Revista de Ciencias Sociales, N° 22, pp. 13-100.

¹⁹¹ Sobre la justicia retributiva, su existencia y diferencias con la restaurativa destacamos; el estudio comparativo entre la justicia retributiva y la restaurativa recuperado de <https://www.unimet.edu.ve/wp-content/uploads/2019/11/Estudio-comparativo-Justicia-Retributiva-vs.-Restaurativa.pdf>.

Los juicios de Nüremberg son considerados entonces como un punto de inflexión de la retribución. La justicia retributiva entiende que frente al daño ocasionado debe producirse un mal a quien lo generó, sin tener en cuenta si esta persona ha asumido su responsabilidad o no, entiende el impacto de sus acciones o si la sociedad recibe el mensaje de no reiterar conductas similares.

Existe a este respecto mayor número de seguidores de la teoría de la prevención, y más específicamente de la prevención general positiva.¹⁹²

A pesar de que los estados modernos plantean que sus sistemas penales deben ser de prevención general positiva, muchos autores consideran que son retributivos. Por ejemplo, según Márquez¹⁹³ estos sistemas son “altamente estructurados y formales, que dependen fuertemente del encarcelamiento y de los poderes del Estado para mantener el orden social”, siendo esta la forma “tradicional” de la justicia penal.

Para Durán¹⁹⁴, en la justicia retributiva se parte de la visión de que la culpabilidad de un criminal solo es compensada con la imposición de una pena, que será tan severa como lo haya sido su crimen. Aunque es cierto que también la prevención general negativa tiene como fin fundamental, la intimidación, esto es que ante la perspectiva de las penas más duras las personas desistan de cometer nuevos delitos, no deja de ser un sistema eminentemente punitivo.

Xiomara Arias¹⁹⁵ et. al (2011) realiza una explicación de la actual justicia que pone énfasis precisamente en las diferencias con la justicia restaurativa, así dice: “La justicia penal retributiva [...] se pregunta primero qué ley se infringió, quién lo hizo y cómo se castigará al ofensor [...] busca una responsabilidad pasiva, una imputación subjetiva y una pena” (p. 8). Por eso, aunque para algunos parece estar superado el concepto de justicia retributiva creemos que aún hoy perdura su esencia y por eso existen algunas diferencias fundamentales con respecto a la justicia restaurativa.

¹⁹² A este respecto Mir Puig (1982): “No sería admisible acudir al concepto de la prevención general estabilizadora [también denominada prevención general positiva], integradora positiva para exigir o permitir que la prevención general fuera más lejos y ampliara sus cometidos más allá de la intimidación, añadiendo la voluntad de internalizar valores”. (pp. 38).

¹⁹³ Márquez Cárdenas, A.E. (2007) “*La justicia restaurativa versus la justicia retributiva en el contexto del sistema procesal de tendencia acusatoria*” Prolegómenos. Derechos y Valores, vol. X, núm. 20, Universidad Militar Nueva Granada Bogotá, Colombia, pp.201-212.

¹⁹⁴ Durán, M. (2011). “*Teorías absolutas de la pena: Origen y fundamentos*”. Revista de Filosofía, Vol. 67, pp. 123-144.

¹⁹⁵ Arias, X. (2011) “*Programa de Justicia Restaurativa en el Poder Judicial*”. Costa Rica: Poder Judicial de Costa Rica.

En contraposición a las afirmaciones de Xiomara Arias respecto de la justicia retributiva, Zehr¹⁹⁶ establece que la justicia restaurativa se pregunta quién ha sido dañado, cuáles son sus necesidades y quién debe atender estas necesidades. Unas primeras diferencias sustanciales entre la justicia tradicional para algunos todavía retributiva y la restaurativa se pueden extraer de este mismo autor Zehr, en su libro el pequeño libro de la justicia restaurativa.¹⁹⁷

Continuando con sus diferencias y una vez hemos visto que en la actualidad y pese a los estados sociales y democráticos de derechos todavía existe una pequeña esencia retributiva en la justicia podemos decir que su origen no parte de supuestos teóricos sino de las emociones.

Ser víctima de un delito o una injusticia, provoca indignación, ira, humillación y venganza o deseo de compensar el daño sufrido, infringiendo dolor al infractor.¹⁹⁸

Pero dejar que afloren estos sentimientos de venganza, puede trasladarnos a hacer uso de una suerte de justicia privada. De ahí que si esta ira e indignación, no se canalizan para evitar acciones de venganza, las consecuencias pueden ser catastróficas para la vida social. Por eso, la respuesta de las autoridades a la delincuencia y por eso, el surgimiento de la actual justicia penal, más conocida como retributiva. Sin embargo, esta transformación de la venganza en retribucionismo¹⁹⁹ ha reducido o eliminado la dimensión humana y emocional. Lo cual en todo caso es lógico porque la actual justicia tradicional se centra en la dimensión pública²⁰⁰ de la delincuencia. Trata de buscar la seguridad de la sociedad, neutralizando las posibilidades de que el infractor vuelva a delinquir, sin embargo, esto no aporta mucho a la víctima²⁰¹ que ya ha sufrido un daño.

¹⁹⁶ Zehr, H. (2007) El pequeño libro de la justicia restaurativa, recuperado de https://www.icbf.gov.co/sites/default/files/el_pequeno_libro_de_la_justicia_restaurativa.pdf, pp27

¹⁹⁷ Según el mencionado autor la justicia penal parte de los siguientes postulados: • El crimen es una ofensa contra la ley y el estado. Las ofensas generan culpabilidad. La justicia requiere que el estado determine culpabilidades e imponga castigos. En cambio la justicia restaurativa parte de las siguientes premisas: El crimen es una ofensa contra las personas y las relaciones interpersonales. Las ofensas generan obligaciones. La justicia involucra a víctimas, ofensores y miembros de la comunidad en un esfuerzo por enmendar el daño. Eje central: las necesidades de las víctimas y la responsabilidad activa del ofensor en la reparación del daño.

¹⁹⁸ Domingo de la Fuente, V. (2017) "Justicia Restaurativa como derecho de las víctimas". Revista jurídica de Castilla y León, nº41 pp. 130-153.

¹⁹⁹ London, R. (2010) "Crime, Punishment and Criminal Justice – From Margins to Mainstream". Editor: Lynne Rienner Publishers. P.360 y ss.

²⁰⁰Zehr, H. (2013) "Restorative justice and system change, part II". Zehr Institute for Restorative Justice blog. Recuperado de <https://emu.edu/now/restorative-justice/2013/07/08/restorative-justice-and-system-change-part-ii/>.

²⁰¹ Roxin, C. (1999) "Pena y reparación". En ADPCPn° LII, p.5-15.

Aquí es donde tiene cabida la justicia restaurativa como complemento a la justicia tradicional, abordando esta dimensión emocional de la delincuencia y transformando y canalizando estas emociones, no positivas y destructivas, por algo constructivo (motivaciones sanadoras). Mantener esta teoría de la justicia restaurativa, parece complicado, pero no lo es tanto.

Materni²⁰², afirma que “el carácter categórico de la ley penal –esto es, el deber de aplicar penas sin consideración alguna de factores tales como su utilidad o sus consecuencias para el malhechor, la comunidad o la víctima– sin dar razones de tal carácter categórico y, por último, que la filosofía práctica de Kant se sostiene en fórmulas vacías que no permiten inferir legítimamente ningún contenido positivo (o bien pueden ser aplicadas a cualquier contenido y justificar, por tanto, cualquier acción).

Se debe entender que toda violación de las normas es desaprobada y que los ciudadanos, las comprenden para así evitar futuros comportamientos contrarios a la ley.

Sin embargo, la cuestión que plantea la justicia restaurativa es si para dejar claro a la comunidad que las conductas delictivas no son toleradas, es imprescindible usar el castigo.

La retribución se basa en una especie de venganza recíproca. La venganza se torna legal mediante la imposición al infractor, de una cantidad de dolor que se corresponde con el daño causado por el delito.

Muchos creen que se hace justicia, si el infractor también tiene dificultades y que así se borran los beneficios ilegítimos obtenidos por el infractor.

Sin embargo, hay una necesidad natural de que el equilibrio sea restaurado, sería injusto que dejáramos a las víctimas solas con sus quejas y sus pérdidas.

Queremos que sus pérdidas y daños materiales, mentales y sociales, se puedan atender y la victimización sea eliminada.

Todos estamos de acuerdo en que los delitos deben ser censurados públicamente para fomentar el cumplimiento de las normas y que un equilibrio moral, debe ser restaurado para preservar las relaciones sociales.

²⁰² Materni, M. C. (2013) “*Criminal Punishment and the Pursuit of Justice*”. British Journal of American Legal Studies, vol. 2, núm. 1, pp. 263-304.

Podemos ver la **justicia restaurativa como un retribucionismo constructivo inverso**.²⁰³

La retribución se basa en que el comportamiento ilegal es condenado, el infractor es responsable y el desequilibrio moral es reparado, mediante el “pago” de devolver al infractor el sufrimiento que causó el delito.

La justicia restaurativa tiene estos elementos de censura, pero se ven de una manera constructiva²⁰⁴. Esta censura se basa en las relaciones sociales. La conducta delictiva es censurada porque ha causado un daño a otra vida.

Emociones como el remordimiento, la culpa y la vergüenza, son inherentes al proceso de la restauración. Esta censura de la restauración se refiere a la obligación de respetar la calidad de las relaciones sociales.

Hay otro elemento clave: **la responsabilidad**. En el **sistema retributivo, el infractor se enfrenta al sistema y debe someterse a las consecuencias punitivas impuestas por él**, no tiene ningún papel activo, solo una responsabilidad pasiva que se le impone por un acto cometido en el pasado. En cambio, **la justicia restaurativa invita al autor a tomar una responsabilidad activa, participando en el proceso y haciendo gestos para reparar o compensar el daño**. Esta responsabilidad activa no es solo por el acto delictivo cometido en el pasado, sino que está orientada hacia el futuro.

En cuanto al **balance**: con **la justicia retributiva, el equilibrio se restablece devolviendo al infractor el mismo daño que causó**.

Sin embargo, la cantidad de sufrimiento se duplica no sólo para los directamente implicados sino también para los cercanos a ellos.

En la **justicia restaurativa, el papel del infractor es al revés: él debe compensar en la medida de lo posible el daño a través de la reparación**. Se restaura el equilibrio, pero no doblando la cantidad de sufrimiento sino quitando un poco este sufrimiento²⁰⁵.

²⁰³ Howard Zehr, en sus diferentes publicaciones viene estableciendo esta teoría del retribucionismo constructivo en el sentido que el infractor no solo debe esperar el castigo si es declarado culpable, sino que el ofensor debe tener un espacio para comprometerse a compensar el daño causado, más allá del posible castigo, se trata de una respuesta más constructiva y beneficiosa según Zehr para la víctima y a la larga la sociedad.

²⁰⁴ Zehr, H. (2011) “*Justice a restoration of trust*”. Zehr Institute for Restorative Justice blog, recuperado de <https://emu.edu/now/restorative-justice/2011/02/08/justice-as-restoration-of-trust/>

²⁰⁵ Duff, R. (2003) “Restorative punishment and punitive restoration” en G. Johnstone (dir.), *A Restorative Justice Reader*. Texts, sources, context, Willan Publishing, Michigan, pp. 82-100.

Hay cierta retribución, pero constructiva, Braithwaite²⁰⁶ afirma que “la justicia restaurativa se pregunta, qué clase de deuda tiene el infractor y qué debe hacer para “pagar esa deuda. La delincuencia duele y por eso la justicia debe sanar”. Entendemos que ambas partes a priori no merecen igual tratamiento y también que el derecho penal se debiera poner del lado de la víctima, y así reforzar su posición protagonista pero por un lado, esto no se cumple por norma general²⁰⁷ y, por otro lado, parece importante también proveer al infractor de una oportunidad de responsabilizarse por los daños causados de forma activa intentando repararlos como acto que demuestre su actitud de querer cambiar.

Por esto, lejos de ver las diferencias como insalvables, planteamos una posible convivencia entre ambas visiones para mejorar tanto el sistema penal como penitenciario y dotar así a los realmente afectados por el delito de mayor protagonismo y poder de decisión, eso sí, siempre respetando el principio de legalidad y la normativa nacional e internacional vigente, ya que la justicia restaurativa en ningún caso se trata de una justicia privada.

7. Principios informadores de la justicia restaurativa.

Se habla mucho de cuáles son los principios básicos de la justicia restaurativa y que la determinan y la dan su esencia. Creemos que los más destacados y que son los que explican el porqué de esta justicia, son los que expone Howard Zehr²⁰⁸.

A) Principios según Howard Zehr.²⁰⁹

Estos principios se reconducen a lo siguiente: daño y necesidades, obligaciones y participación.

- 1- El delito produce daños (esto sin duda nos hace tener como un objetivo prioritario, a las personas que sufren estos daños: las víctimas) aunque también implica que nos preocupamos por el daño sufrido por la comunidad y por el propio infractor.

²⁰⁶ Braithwaite, J. (1989) “*Crime, Shame and Reintegration*”. Cambridge: Cambridge. University Press, pp.226.

²⁰⁷ Como mero ejemplo de este teórico que no siempre práctico posicionamiento del derecho penal en favor de las víctimas, podemos citar la situación de la víctima en el proceso tan solo como mero testigo o el derecho a la última palabra que recae en el victimario. Es cierto que se está reforzando la posición de la víctima y a este respecto ya se ha mencionado la ley 4/2015 de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito.

²⁰⁸ Zehr, H. (2005) “*El pequeño libro de la Justicia Restaurativa: principios de Una Justicia Transformadora Presentados Por Uno de Sus más renombrados exponentes*”. Brattleboro. Good Books, pp, 22 y ss.

²⁰⁹ Zehr, H y Mika, H. (1998) “*Fundamental principles of Restorative Justice*”. The contemporary Justice review, Vol I, n° 1, pp.47-55.

Los infractores pueden sufrir o haber sufrido daños, de hecho, muchos de ellos, fueron en su día víctimas. Esto nos llevará a ahondar en la búsqueda del origen o la causa del delito. En definitiva, la justicia restaurativa se centra en las personas afectadas por el delito para conseguir un efecto sanador y transformador, que reconecte con su humanidad olvidada.

- 2- Estos daños generan obligaciones y la principal es la que recae sobre el infractor: reparar el daño causado. Se supera así la visión pasiva del proceso penal para el infractor, en la que éste se limita a esperar su sentencia condenatoria o absolutoria. No se le ayuda a entender que su obligación moral y natural es reparar o mitigar el daño que causó, ya que esto es la consecuencia lógica de su acción. Por eso, la justicia restaurativa ofrece al infractor una oportunidad de hacer las cosas bien, de asumir su responsabilidad activa, constructiva y positiva. De esta forma, se eliminarán roles vitalicios de infractor y de víctima, que no ha obtenido una reparación adecuada a sus necesidades.
- 3- Y para cumplir con las obligaciones y la responsabilidad, es necesaria la participación de todos los que tengan interés directo o indirecto en el delito y la reparación.

Cada una de las partes afectadas debe tener participación en el proceso de decidir, qué se necesita para hacer justicia, en este caso. El principio de la participación involucra a un mayor número de partes que un proceso judicial tradicional. Se va a dar la oportunidad de expresarse a las víctimas, se les da voz y se les permite contar su historia, algo importante para comenzar el camino restaurativo hacia la sanación.

Si es posible, se dará un encuentro cara a cara o indirectamente entre víctima, infractor y/o comunidad, durante el cual se abordarán las necesidades de las personas que sufrieron el crimen, las de la sociedad de recuperar su sentimiento de seguridad y confianza en el ser humano e incluso la del infractor, de tener la oportunidad de reparar el daño y demostrar que su voluntad de no volver a hacerlo y su remordimiento es sincero.

El alcance de esta justicia, tal y como Howard Zehr²¹⁰ lo explica es el siguiente “La justicia restaurativa requiere, como mínimo, que atendamos los daños y necesidades de las víctimas, que instemos a los ofensores a cumplir con su obligación de reparar esos daños, e incluyamos a víctimas, ofensores y comunidades en este proceso. El “quién” y el “cómo” son importantes.”

B) Principios según Dan Van Ness.²¹¹

Para otros autores como Dan Van Ness²¹², los principios informadores de la justicia restaurativa serían los siguientes:

1) La justicia restaurativa busca la participación plena y consenso total. Esto implica que las víctimas e infractores intervienen en el proceso e incluso se abre las puertas a otras personas, que indirectamente se hayan visto afectadas.

2) La justicia restaurativa intenta subsanar lo que se haya destruido. La pregunta que más puede plantearse en cualquier proceso restaurativo es: ¿qué necesita la víctima para sanar, recuperarse y recobrar el sentimiento de seguridad? Puede necesitar información, la posibilidad de expresar su ira hacia las personas que le han hecho daño, reparación del daño...Quizá los infractores, necesitan también sanar, liberarse de su sentimiento de culpa, resolver problemas subyacentes que le pudieron llevar a delinquir, asumir su responsabilidad, y reparar el daño.

3) La justicia restaurativa busca un sentido pleno y directo de responsabilidad.

La responsabilidad va más allá, no es sólo que los infractores comprendan y entiendan que han dañado la norma, sino que vean que deben asumir frente a la víctima el daño que han causado y así comprenderán que repararlo es una prestación socialmente constructiva. Los infractores explicarán y no justificarán su conducta.

4) La justicia restaurativa intenta reagrupar lo que se haya dividido.

²¹⁰ Zehr, H. (2014) “*Conferencia sobre Justicia Restaurativa en delitos graves*”, pronunciada durante el I Congreso Nacional de mecanismos alternativos de solución de conflictos, julio de 2014. Tamaulipas (México).

²¹¹ Van Ness, D. W. (2006) “*Principios y desarrollos actuales de la justicia restaurativa*”. En, Bernal Acevedo, Fabiola y Castillo Vargas, Sara, compiladoras., *Justicia restaurativa en Costa Rica: Acercamientos teóricos y practices*. I Congreso de Justicia Restaurativa. Costa Rica, junio de 2006. San José: Comisión nacional para el Mejoramiento de la Administración de Justicia. pp. 33-48.

²¹² Van Ness, D Stron K. (1997) “*Restoring Justice*”. First Edition. Editorial Routledge, pp.47 y ss.

Una premisa fundamental de esta justicia es que los papeles de "víctima" e " infractor" deben ser de carácter temporal y no vitalicio. Se debe intentar guiar a ambos, para que en el futuro se vean liberados de este pasado.

5) La justicia restaurativa intenta fortalecer a la comunidad con el fin de evitar futuros perjuicios. La criminalidad provoca perjuicios, pero al mismo tiempo puede poner al descubierto determinadas injusticias preexistentes, las mismas pueden ser de carácter personal (como por ejemplo una vieja rencilla) también pueden ser desigualdades por razón de origen racial o posición económica, que, aunque no justifican la conducta del infractor pueden y deben resolverse para fortalecer a la comunidad y convertirla en un lugar más seguro, donde se pueda vivir en paz. Realmente, si se analizan los principios de Van Ness, se puede ver que son fácilmente reconducibles a los básicos de Zehr, expuestos en primer lugar: el delito además de violación de la norma genera daños, estos daños hacen que surjan una serie de necesidades, y la principal es la de la reparación o compensación de este daño, y en este proceso deben participar todos los implicados o afectados por el delito, víctima, infractor y la comunidad.

Esto genera más fortalecimiento de los lazos sociales²¹³, una sociedad más pacífica y supone una forma de prevenir nuevos delitos y conflictos.

C) Principios informadores de los procesos restaurativos en la práctica.

Debemos distinguir de forma clara los principios de la justicia restaurativa como filosofía, teoría jurídica-filosófica o nuevo paradigma de justicia de los principios de los procesos restaurativos, es decir, a continuación vamos a revisar las reglas básicas a la hora de aplicar la justicia restaurativa a través de sus diferentes herramientas en los casos concretos. ²¹⁴ Estos principios informarían los procesos restaurativos en la práctica y servirían al facilitador para valorar si su práctica está siendo adecuada:

1. Voluntariedad.

Se debe contar con el consentimiento expreso de la víctima y ofensor. Pudiendo en cualquier momento desistir y retirarse del proceso.

²¹³ Márquez Cárdenas, A. E. (2009) "*La doctrina social sobre la justicia restaurativa*". Prolegómenos. Derechos y Valores, Volumen XII, No.24, p.p.59-75, en: <http://www.redalyc.org/pdf/876/87617269005.pdf>

²¹⁴ Manual sobre programas de justicia restaurativa (2006), pp.33-36 Recuperado de http://www.unodc.org/documents/justice-andprison-reform/Manual_sobre_programas_de_justicia_restaurativa.pdf.

En este sentido no se pierden derechos²¹⁵. Las partes tienen siempre y en todo momento la vía judicial abierta y en cualquier instante y en consonancia con esta voluntariedad, pueden desistir del proceso restaurativo, volviendo al proceso ordinario²¹⁶. Para reforzar la voluntariedad y que el consentimiento se otorgue con todas las garantías las Naciones Unidas establece el derecho a consultar con su representante legal tanto la víctima como el ofensor. Este también es un principio limitador de la justicia restaurativa ya que ésta se apoya en la cooperación de las partes involucradas, es decir es voluntaria, por tanto, si el ofensor se niega a aceptar la responsabilidad del crimen y a cumplir con sus obligaciones con la comunidad y la víctima, no se puede hablar de justicia restaurativa. Esto es al menos, lo que dicen algunos partidarios de esta justicia que, sin duda, tienden a valorarla de forma rígida. Igual afirman si la víctima decide que no quiere participar o no necesita nada del infractor para sentirse reparada.

Pero si entendemos esta justicia como un nuevo paradigma o una ciencia penal debemos entender que es lógico que el infractor al principio no quiera asumir su delito y su participación, pero para eso está el facilitador, para trabajar individualmente con él, y conseguir una cierta asunción de responsabilidad, que le habilite para participar en un encuentro restaurativo.

También es cierto que, a veces, no es posible un encuentro directo, por diferentes motivos, por ejemplo, porque la víctima no quiere participar o decide que no necesita nada del infractor, sin embargo, sería viable un encuentro con una víctima subrogada o incluso dar la posibilidad de que el infractor, repare el daño de manera simbólica, a la comunidad. Es cierto que no será un proceso totalmente restaurativo²¹⁷, pero al menos lo sería de forma parcial.

²¹⁵ En este sentido, se respeta el artículo 24 de la Constitución española que consagra la tutela judicial efectiva, ya que las partes pueden desistir del proceso en cualquier momento y continuaría el proceso tradicional, por tanto, no tendría que ceder su derecho a la tutela de los tribunales más bien sería alternativo o complementario, pero nunca excluyente. Así el artículo dice “Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”.

²¹⁶ De la voluntariedad habla el Manual de las Naciones Unidas en su página 34 cuando destaca: “El derecho a no participar: Ni la víctima ni el delincuente deben ser obligados o inducidos por medios injustos a participar en procesos restaurativos o a aceptar resultados restaurativos. Se requiere su consentimiento. Los niños pueden necesitar consejos especiales y ayuda antes de poder forjar un consentimiento válido e informado”.

²¹⁷ Por eso, ya hemos hablado de la posibilidad de programas de justicia restaurativa individuales solo con víctimas, solo con ofensores o solo con comunidad. Así ya hemos en esta investigación la imagen de

En muchas leyes, para que pueda darse un encuentro restaurativo, se impone como necesario que el infractor reconozca los hechos²¹⁸. Es decir que asuma que cometió el delito. Pero muchos nos preguntamos si también sería necesario el remordimiento.

Esto implica ir un poco más allá, es preguntarnos si es necesario que el infractor se arrepienta sinceramente del daño causado, y si fuera necesario, cómo saber si este requisito se da. Precisamente cuando vimos que no era justicia restaurativa hablamos que no tenía como objetivo el perdón ni el arrepentimiento porque esto es algo muy personal que depende de cada persona que acude al proceso, de la misma manera jurídicamente esta exigencia es más que discutible por incluir contenidos morales.

Como veremos al analizar el atenuante de reparación del daño²¹⁹, la jurisprudencia, no requiere este requisito para apreciar el atenuante de reparación del daño, aunque para la justicia restaurativa, es deseable que tarde o temprano este remordimiento²²⁰ surja.

Como persona, no víctima, ajena al delito al menos directamente, es más importante que el infractor reconozca que dañó a otra persona, si se arrepiente o no, puede ser un proceso interno ético y moral, que puede darse durante el proceso restaurativo, después o no darse. Lo que sí es interesante, es saber que una persona se ha responsabilizado del daño y, por lo tanto, asume que su obligación es reparar o mitigar este dolor que causó.

Pero en este punto surge la duda de si la víctima necesitaría sentir el remordimiento sincero del infractor.

McCold y Watchel (2002) donde se reflejan los programas individuales, mayor o totalmente restaurativos. E incluso hemos analizado programas con víctimas subrogadas como el árbol del sicómoro.

²¹⁸ En esta línea el artículo 15.1 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito dice: “Las víctimas podrán acceder a servicios de justicia restaurativa, en los términos que reglamentariamente se determinen, con la finalidad de obtener una adecuada reparación material y moral de los perjuicios derivados del delito, cuando se cumplan los siguientes requisitos: a) el infractor haya reconocido los hechos esenciales de los que deriva su responsabilidad...”

²¹⁹ Veremos más adelante el artículo 21. 5 del código penal que habla de la reparación del daño y su relación con la justicia restaurativa.

²²⁰ En general para el derecho penal solo es relevante aspectos objetivos a la hora de la imposición de la pena, aunque algunos autores han debatido acerca de la posibilidad de que el remordimiento pueda ser considerado una “poena naturalis” En este sentido Silva Sánchez nos dice: “La cuestión es si el legislador ha partido de que todo delincuente experimenta un cargo de conciencia y, por ello, ha descontado de la facticidad de la poena forensis correspondiente a cada tipo la cuota de sufrimiento propia del remordimiento. O si, por el contrario, dada la creciente laxitud de las conciencias o su errónea conformación, ya no puede partirse –y tampoco lo hace el legislador– de que en todo delincuente el delito conlleve el sufrimiento interior derivado del juicio del tribunal de la conciencia. De ser así, en los casos en que hubiera un auténtico remordimiento, debería poderse razonar en términos de “poena naturalis” pp.3 recuperado de <https://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/365931/459975>.

Dependerá de cada víctima y sus necesidades, así como las expectativas que tenga con el proceso restaurativo, en ocasiones la víctima solo querrá ver y poner rostro al infractor, dialogar acerca del por qué, y no esperará ni que la pidan perdón ni ver remordimiento o arrepentimiento sincero por parte del infractor.

Otras veces, quizá la víctima, espere que surja este remordimiento, por tanto, facilitar un encuentro con el delincuente, sin saber bien la actitud de éste sería peligroso y nada sanador para las víctimas²²¹. La conclusión será que el facilitador debe valorar las expectativas de cada parte y ver si se cumplirán en la conjunta, si son importantes para las personas y no se sabe de forma cierta que se puedan alcanzar en la conjunta, lo mejor será no realizar el encuentro.

En estos casos, se debería trabajar individualmente con cada parte más tiempo, para favorecer esta actitud de arrepentimiento en el infractor y para que la víctima sepa y vea qué puede obtener del encuentro y qué no puede esperar a priori (lo cual no implica que pueda surgir de forma espontánea, durante el proceso).

Otra pregunta que puede surgir será qué puede ocurrir si una víctima quiere un encuentro a pesar de saber que el infractor no muestra su arrepentimiento.

Sin duda alguna, la justicia restaurativa está por y para las víctimas, y si esta valora como necesario para su curación, el encuentro con el infractor, a pesar de que se la ha comunicado el no arrepentimiento del infractor, debería valorarse como posible, al menos.

Eso sí, con un facilitador o mediador que sepa trabajar con cada uno de ellos individualmente para que puedan ver qué pueden obtener del encuentro y qué no y en qué puede servirles este proceso restaurativo, se incidirán en las expectativas del encuentro conjunto y qué puede y no puede conseguir. Lo importante es que se piensa en las víctimas²²², como nunca se ha hecho, y se fomenta una actitud responsable y activa en el infractor.

²²¹ Muchos autores ya han escrito sobre si se toman riesgos innecesarios para realizar los procesos restaurativos, en especial a la hora de decidir si se hace reunión conjunta o no. La respuesta será la preparación del facilitador para valorar cada caso y decidir si es viable o no la reunión conjunta. En este sentido se puede citar a Gustafson, D. (2004) *“Is restorative justice taking too few or too many risks”*, en Zehr, H., Toews, B. (eds.) *“Critical Issues in Restorative Justice”*, Criminal Justice Press. Monsey, NY.

²²² Beristain Ipiña, A. (2004) *“Protagonismo de las víctimas de hoy y mañana (evolución en el campo jurídico penal, prisional y ético)”*. Valencia. Tirant lo Blanch, pp. 12 y ss.

2. Inclusivo.

Este es un principio fundamental, al incorporar no sólo al infractor y al Estado sino también a la víctima y al resto de la comunidad. En este caso se potencia la participación de la víctima no como mero testigo sino dándole mayor protagonismo durante todo el proceso restaurativo.

Asimismo y aunque es una cuestión muy debatida la participación de la persona ofensora en un proceso de justicia restaurativa no debe usarse como evidencia de admisión de culpa en procedimientos legales subsecuentes ²²³. Esto es especialmente importante si a pesar de iniciarse el proceso de justicia restaurativa no se llega a un acuerdo y debe iniciarse o reiniciarse el proceso penal tradicional. Esto es importante dentro del principio de la inclusión porque determina que es esencial la participación de todos los afectados y a pesar de esto se sigue discutiendo si es legal o no perjudica los derechos del ofensor su participación directa y activa.

3. Consenso, diálogo y cooperación.

Se debe llevar a cabo los procesos restaurativos, a través de la escucha y el diálogo, de forma que quede garantizada la contradicción, otro principio de iguales características y que también desempeña un papel relevante en el proceso penal ordinario.

También se requiere la total colaboración de todas las partes, para que el procedimiento se realice de la mejor forma posible.²²⁴

4. Confidencialidad.

Todo lo que ocurre durante un proceso de justicia restaurativa es confidencial salvo los acuerdos a los que se pueden llegar, que se plasman generalmente por escrito y se entregan al juez y fiscal. Si no se llegará a acuerdos mutuamente satisfactorios el facilitador simplemente dejará constancia de que ha finalizado el proceso sin éxito y sin argumentar nada más.

²²³ Manual de las Naciones Unidas (2006) pp.34 recuperado de https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Manual_sobre_programas_de_justicia_restaurativa.pdf.

²²⁴ Estos autores hablan de la importancia de la participación de las partes y el beneficio que genera como es el empoderamiento, así destacamos a Larson, J., & Zehr, H. (2007) “*The ideas of engagement and empowerment*”. En Johnstone, G. y Van Ness, D. W. (Eds.) “*Handbook of restorative justice*” pp. 41-58 Devon, UK: Willan Publishing.

Esto precisamente se hace para no vulnerar el principio de presunción de inocencia y que no se pueda utilizar como una admisión de culpa²²⁵ del infractor por el hecho de participar en un proceso restaurativo.

Con relación a esto, algunos autores en sus investigaciones sobre mediación penal han venido a concluir que: la presunción de inocencia es una manifestación del más amplio derecho a la tutela judicial efectiva y éste no se vulnera cuando voluntariamente se acepta participar en el proceso de mediación²²⁶.

Además este principio debe guiar la actuación del facilitador por eso, dentro de su código ético debe estar trabajar y realizar las sesiones bajo esta premisa de la confidencialidad así lo establece el art.15.2 del Estatuto de la víctima: “Los debates desarrollados dentro del procedimiento de mediación serán confidenciales y no podrán ser difundidos sin el consentimiento de ambas partes. Los mediadores y otros profesionales que participen en el procedimiento de mediación estarán sujetos a secreto profesional con relación a los hechos y manifestaciones de que hubieran tenido conocimiento en el ejercicio de su función.”

De ahí, que el facilitador no podrá ser citado en un juicio ni declarar como testigo para hablar sobre hechos que se debatieron durante las sesiones de justicia restaurativa.

Una pregunta que podría surgir es si las personas que participan están sujetas al principio de confidencialidad; en principio no se plantea mayor problema al respecto y tendríamos que decir que si, ya que cuando se las informa de la posibilidad de tomar parte en justicia restaurativa, firman un documento de consentimiento informado en el que viene incluida la confidencialidad como principio rector del proceso.

²²⁵ En este sentido y para reforzar los derechos de las partes a participar en el proceso de justicia restaurativa y en cualquier momento desistir sin consecuencias legales, el manual de las Naciones Unidas establece que “No se incrementa la pena por falta de acuerdo: Si no se llega a un acuerdo en el curso de un proceso de justicia restaurativa (diferente a una decisión judicial o juicio), ello no debe usarse como justificación para una sentencia más severa en procedimientos penales posteriores”pp.35 recuperado de https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Manual_sobre_programas_de_justicia_restaurativa.pdf.

²²⁶ Palma Chazarra, L. (2007) “*La mediación como proceso restaurativo en el sistema penal*”, Tesis doctoral, Universidad de Sevilla, pp.592; Gordillo Santana, L. (2007) “*La justicia restaurativa y la mediación penal*”, pp. 199 y Carrasco Andrino, MM. (1999) “*La mediación del delincuente-víctima: el nuevo concepto de justicia restauradora y la reparación*” en “*La mediación del delincuente-víctima en USA*”, Jueces para la democracia, número 34, pp. 80.

Esta confidencialidad además es algo esencial para garantizar que se cree este espacio seguro en el que las personas puedan compartir reflexiones²²⁷, sentimientos, necesidades y emociones importantes para generar esta empatía necesaria para la responsabilización del ofensor, su voluntad de querer reparar y el comienzo de la sanación de todos ellos.

5. Restitución, reparación²²⁸ o compensación del daño.

Como se verá más adelante se trata de una reparación no solo material sino también moral y simbólica.

6. Decisión última del órgano judicial y del ministerio fiscal.

Se proporcionan unas variables que coadyuvan primero al ministerio fiscal y luego al juez, a la hora de solicitar la pena y a la hora de imponerla y dictar sentencia, respectivamente. En delitos menores podría y debería suponer el archivo de la causa, si entrara en juego el principio de oportunidad. No se trata de un mecanismo privado de hacer justicia. Esto está íntimamente ligado al carácter público del derecho penal, y de esta forma se supera la crítica frecuente de que los procesos restaurativos podrían constituir una suerte de justicia privada propia de otras épocas. Esta oficialidad supone una garantía extra de que el acuerdo de reparación al que han llegado víctima y ofensor se cumplirá y de una forma más cercana a las verdaderas necesidades de la víctima y al estar incardinado dentro del proceso repercutirá también positivamente para el infractor, que podrá hacer uso de algunos beneficios jurídicos como el atenuante de reparación del daño, del que nos ocuparemos más tarde.

En este apartado podemos hablar de donde se realizan las sesiones de justicia restaurativa, en la mayoría de los países se realiza dentro de los juzgados precisamente para reforzar y transmitir a los ciudadanos que la justicia restaurativa es un complemento del sistema penal y se incardina dentro de él.

²²⁷ Ríos Martín, J, Pascual Rodríguez, E, Bibiano Guillen, A y Segovia Bernabé, J. (2012) " *La mediación penal y penitenciaria*", editorial Colex, pp 101.

²²⁸ La reparación por parte del ofensor a la víctima lo que viene a hacer es transformar la relación bilateral del proceso tradicional, estado -infractor, en una trilateral dando papel importante a la víctima. De esta forma, se puede citar a Roxin, C. (1999) "*Pena y reparación*". Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Nº LII; P.9 y 10. Además la reparación tiene siglos de antigüedad, ya en el código de Hammurabi se hablaba con pena la reparación o restitución, a este respecto destacamos Lara Peinado, F. (2003) "*Código de Hammurabi. Estudio preliminar, traducción y notas*". Madrid, pp.11y ss.

Supone un reforzamiento de la confianza del ciudadano en esta justicia pues al ver que tiene esta oficialidad para mucho supone más seguridad y garantía de que no se trata de una solución privada que quedará sin repercusión legal.²²⁹

7. Imparcialidad.

Con este principio se garantiza la neutralidad tanto en la toma de decisiones, como en el tratamiento que se haga a todos los participantes en el proceso restaurativo que se elija. Los facilitadores se mantienen neutrales durante todo el proceso; esto les va a ayudar para trabajar los desequilibrios que por lógica se dan en los procesos restaurativos. Y es aquí donde podemos destacar las diferencias en cuanto a la imparcialidad de la mediación y de los procesos restaurativos (todo esto a pesar de que el legislador ha confundido de forma reiterada ambas instituciones), de tal manera el mediador debe estar pendiente de si existen desequilibrios para poder ayudar a neutralizarlos siempre bajo el respeto a ambas partes. El mediador por este motivo debe mantener una posición de equilibrio y de equidistancia respecto de las partes actuando en caso de que detecten que se está produciendo algún desequilibrio de poder, para corregirlo siempre sin favoritismos.²³⁰

Sin embargo, en los procesos restaurativos partimos de que siempre hay un desequilibrio por lo tanto, la función principal es ayudar a gestionar los daños que causaron un desequilibrio para que las personas puedan sanar y continuar con su vida. Ni siquiera podemos hablar de conflicto, este lenguaje neutral puede molestar a algunas víctimas puesto que el delito ha generado daños no se trata de un conflicto como tal y si de un comportamiento delictivo que generó efectos perjudiciales en una de las partes (la víctima bien directa o indirecta).

²²⁹ Así, podemos mencionar dos informes de la profesora Gema Varona referidos a los Servicios de Mediación Penal en el País Vasco en los años 2007 y 2009; los resultados de la encuesta de satisfacción realizada a los usuarios del Servicio de Mediación Penal del Departamento de Justicia de la Generalidad de Cataluña por la Asociación Benestar i Desenvolument, en enero de 2009, y el informe “Justicia restaurativa y mediación penal. Análisis de una experiencia (2005-2008)” elaborado a instancias del Consejo General del Poder Judicial. Todos ellos pueden consultarse en las páginas web de los organismos oficiales mencionados. En estos informes se muestra el alto grado de satisfacción de los participantes en los procesos en este caso de mediación penal dentro de los juzgados precisamente por la mayor seguridad que supone para ellos. Sin embargo, creemos que también esto sería algo cultural pues por ejemplo en Austria los servicios de justicia restaurativa están derivados a diferentes ONGS y estas realizan las sesiones en instalaciones propias de su organización; ellos entienden que así el participante de los procesos restaurativos va a ver que precisamente van a tomar parte en un proceso que no tiene nada que ver con el tradicional y así van a tener más confianza. Esto no es más que la conclusión que llegó Zehr cuando estableció que no se puede exportar modelos ideales puros y que se necesita una adaptación al contexto histórico, legal, social y cultural de cada lugar.

²³⁰ Guillermo Portela, J. (2007) “*Características de la mediación en Mediación y solución de conflictos, habilidades para una necesidad emergente*”, Tecnos, Madrid, pp. 220.

En los procesos restaurativos, el daño no se va a discutir, ni la víctima tiene por qué conformarse con menos, por eso para muchos autores²³¹ el mediador penal o facilitador tiene una parcialidad equilibrada, el delito no se va a negar, aunque se tratará a ambos víctima e infractor de la misma manera, no pueden ser los facilitadores imparciales respecto del daño causado.

8. Informal, pero con estructura.

No está sujeto al rigor propio del procedimiento penal ordinario, pero sí posee una estructura de desarrollo.

Por tanto, podemos hablar de flexibilidad en las actuaciones de los procesos restaurativos tanto en las reuniones individuales como las conjuntas y los acuerdos si se alcanzaran. Asimismo aunque tiene una estructura, ésta se puede adaptar al caso concreto, por ejemplo alterando el orden las reuniones individuales²³² o incluso cambiando la reunión conjunta por una reunión indirecta u otras alternativas. Respecto de los acuerdos, estos se pueden modular siempre que las partes estén de acuerdo en aras a facilitar el cumplimiento efectivo y voluntario por parte de la persona ofensora. Por eso, las partes tienen la facultad de valorar cómo, cuanto y en qué tiempo se van a cumplir estos acuerdos, siempre garantizando que no se renuncien a derechos fundamentales.²³³

De la misma forma, hemos visto que las reuniones se hacen en la sede judicial para precisamente dar mayor seguridad y confianza a las personas que tomarán parte en los procesos restaurativos. Esto no obsta, a que si alguna persona prefiere reunirse en otro lugar se pueda hacer siempre respetando los demás principios informadores de la justicia restaurativa. Por eso, siempre será el proceso el que se adapte a las partes o más bien al caso concreto y no a la inversa. Esta flexibilidad desde un punto de vista práctico se traduciría en la elegibilidad de los casos para derivarlos a justicia restaurativa.

²³¹ A este respecto podemos hablar Gustafson, D. (2005) “*Exploring treatment and trauma recovery implications of facilitating victim offender encounters in crimes of severe violence: Lessons from the Canadian experience*”. En E. Elliott & R. M. Gordon (Eds.)” *New directions in restorative justice: Issues, practice, evaluation*”. Cullompton, UK: Willan Publishing, pp.193-227.

²³² De forma práctica, suelen comenzarse las reuniones individuales con la persona ofensora, porque si realmente no está dispuesto a asumir su responsabilidad no se molestará a la víctima, evitando posibles revictimizaciones. Ríos Pascual, J, Pascual Rodríguez, E, Bibiano Guillén, A y Segovia Bernabé, J. (2008) “*La mediación penal y penitenciaria...*,” Colex, 2ª ed., Madrid, pp. 101.

²³³ En todo caso desde el punto de vista práctico, los servicios de justicia restaurativa realizaran un seguimiento de los acuerdos alcanzados para valorar el grado de cumplimiento y satisfacción de las víctimas de cara a posibles estadísticas que puedan mostrar la eficacia de la justicia restaurativa.

Creemos que no se puede limitar a determinadas tipologías delictivas sino que más bien habría que estar a cada caso para poder dilucidar la viabilidad. Además, sería la labor del facilitador en las reuniones individuales y antes de una posible conjunta, determinar en base a ciertos criterios si es posible, conveniente o acertado continuar con las reuniones conjuntas.

9. Economía de tiempo, esfuerzo y dinero.

Supone agilizar el proceso, al menos en delitos más leves y ahorrar dinero, pero, sobre todo, lo importante es que se ayuda a los afectados por el delito, de una manera más eficaz. Sin embargo, debemos mencionar que esta agilización no es una regla general ya que va a depender del caso y las circunstancias, en ocasiones los procesos restaurativos pueden dilatarse, precisamente porque se gestiona el aspecto emocional del delito y esto puede necesitar más tiempo y espacio. Como se ha comentado, en delitos leves puede ser más rápido ya que la justicia restaurativa no tiene rígidos protocolos pero en delitos graves por la magnitud de los daños, puede ser necesario más trabajo; lo que traerá consigo demora en la gestión del caso y sobre todo más espacio para dejar a las partes reflexionar sobre lo sucedido y sobre lo que va sucediendo en cada sesión de un proceso restaurativo.

Lo que sí es indiscutible es que los procesos restaurativos permiten racionalizar los recursos públicos de una manera más eficaz ya que las partes podrán tener acceso a un proceso más cercano que puede llegar a satisfacer necesidades de una forma más rápida que el proceso penal tradicional²³⁴, al menos en cuanto a expectativas de lo que pueden conseguir porque víctima y ofensor serán los directores del proceso y los que tomarán decisiones ayudados por el facilitador.

10. Mejor índice de cumplimiento de acuerdos.

Al ser las propias partes las que llegan a compromisos y acuerdos a través de principios como el del consenso, diálogo y cooperación, y no son impuestos de forma obligatoria por un tercero ajeno a ellos, la probabilidad de cumplimiento es muchísimo mayor²³⁵.

²³⁴ Daly, K. (2002) “*Restorative Justice: the real story*”, en *Punishment & Society*, vol 4, nº 1, pp. 55–79.

²³⁵ En los procesos restaurativos son las partes las que se obligan a realizar determinadas prestaciones en favor de la víctima, una vez escuchadas sus necesidades, por eso y al no ser impuesto por un tercero de forma coercitiva, es más probable que el acuerdo se cumpla. En este mismo sentido se pronuncia, Silva Sánchez, J.M. (1997) “*Sobre la relevancia jurídico-penal de la realización de actos de los actos de reparación del daño*”. *Revista del Poder Judicial*, nº 45.

El infractor a través de la responsabilización verá la obligación de reparar el daño, no como un castigo impuesto por el juez, sino como una prestación socialmente constructiva. Este principio tiene su origen en la voluntariedad del proceso, puesto que el proceso comienza con todas las garantías, las partes firman un consentimiento informado y en cualquier momento pueden desistir de continuar, esto puede considerarse una garantía de que será mucho más probable el cumplimiento de los acuerdos porque provienen de la voluntad expresa de las personas afectadas.

11. Gratuidad.

Este principio guarda estrecha relación con el carácter público del derecho penal. Los gastos derivados del proceso restaurativo deben ser asumidos por la administración, y esto cobra mayor sentido, si partimos de uno de los postulados de esta investigación, y entendemos la justicia restaurativa como un complemento del sistema penal actual que viene a mejorar o completar el sistema para darle mayor calidad y asegurarse de la mejor satisfacción del ciudadano con ello. De forma generalizada, los diferentes servicios de justicia restaurativa existentes a lo largo del mundo son públicos y gratuitos además prestados por personas con dedicación exclusiva a esta función.²³⁶ Esto viene a garantizar la posibilidad de acceder a estos servicios de todos los ciudadanos, eliminando las posibles críticas que hacen algunos teóricos, en la que entienden que las personas de más recursos tendrían más fácil acceder a estos procesos y las que no tuvieran tantos recursos tendrían más complicado su acceso y por tanto verían limitados sus derechos.

Por tanto, aquí se está cumpliendo además el principio de igualdad ante la ley del artículo 14 de nuestro texto constitucional.²³⁷

Esta gratuidad no se puede vincular al ahorro de dinero por parte del Estado es cierto que a priori hemos dicho que supone una racionalización de los recursos pero en todo caso, la justicia restaurativa produce más efectos cualitativos que cuantitativos al menos en tanto en cuanto se generalice su uso, y se dote de oficialidad y recursos a los servicios de justicia restaurativa existentes de forma unitaria en todo el territorio español, si distinción entre comunidades autónomas.

²³⁶ Tan solo, conocemos una excepción y es que Austria, allá en principio el servicio de justicia restaurativa tiene un costo para la persona ofensora de 50 euros salvo que sea insolvente. En los demás lugares tanto en América como en España y Europa están concebidos como servicios públicos y gratuitos.

²³⁷ Art. 14 CE: “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

D) El principio de humanidad.

Este principio por supuesto no siendo exclusivo de la justicia restaurativa consideramos importante hablar de él, por cuanto nos viene a corroborar la importancia de la humanización²³⁸ del derecho penal y penitenciario y, por tanto, puede apoyar la idea de construir un sistema penal y penitenciario restaurativo que acoja postulados como este principio de humanidad u otros contenidos en algunas escuelas doctrinales que veremos y que contribuyen a dar apoyo doctrinal y teórico a los principales postulados de esta investigación. El principio de humanidad sostiene que el control penal no puede aplicar ni establecer sanciones que afecten la dignidad de las personas, esto incluye la eliminación de tratos inhumanos y degradantes. Es un principio característico de los estados sociales y democráticos de derechos.

Después de la segunda guerra mundial surgió una excesiva preocupación por la configuración de los derechos humanos a la par que fue implementándose un modelo llamado resocializador, que según Nistal Burón²³⁹ “permitió introducir un sentido más humanitario al cumplimiento de la pena²⁴⁰, renunciando en parte a los contenidos retributivos de la misma”. Este modelo, sin embargo, ha entrado en decadencia fruto de la desconfianza en la resocialización y el surgimiento de un nuevo modelo de derecho penal, del que ya hemos hecho alguna referencia, y que algunos autores han llamado “de seguridad ciudadana”. Pero con el surgimiento de la justicia restaurativa, cobra más sentido retomar el modelo resocializador de los años cincuenta del pasado siglo basado en el principio de humanidad, por eso, nos vamos a ocupar de la estrecha relación entre éste y la justicia restaurativa. Recuerda Beristain²⁴¹ que el axioma fundamental de humanidad presupone “que todas las relaciones humanas, personales y sociales que surgen de la justicia en general y de la justicia penal en particular, deben configurarse sobre la base del respeto a la dignidad de la persona”, a lo que ha de añadirse su consiguiente derecho al “pleno desarrollo de la personalidad.”^{242,}

²³⁸ Subijana Zunzunegui, I.J. (2012) “*El paradigma de la humanidad en la justicia restaurativa*”. [Encuentro internacional en homenaje al Prof. Dr. H.C. Antonio Beristain] Revista Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología. Hacia una justicia victimal. No. 26, pp 143-153.

²³⁹ Nistal Burón, J. (2019) “*La víctima en el derecho penitenciario*”. Editorial Tirant lo Blanch, pp.37

²⁴⁰ Debido a esta evolución, nuestra Constitución española adoptó el artículo 25.2 del que ya hemos hablado y habla de la función de reeducación y reinserción de las penas privativas de libertad.

²⁴¹ Zaffaroni, R. (1987) “*Perspectivas de los Derechos Humanos en los sistemas penales latinoamericanos*”, en A. Beristain, J.L. de la Cuesta (Comps.), “*El delito desde la antropología cultural: cuestiones fundamentales*”, V Cursos de Verano en San Sebastián, Universidad del País Vasco, Bilbao, pp. 157.

²⁴² Bloch, E. (1980) “*Derecho natural y dignidad humana*”, Trad. González Vicén, Felipe. Madrid. Ed. Aguilar. 1ª ed, p. 322.

Consideramos importante esta aseveración y la ponemos en valor junto con la definición de la justicia restaurativa de las Naciones Unidas que como vimos, habla del respeto a la dignidad de cada persona a la hora de la resolución del daño derivado del delito; por eso podríamos considerar que la justicia restaurativa es un plus que viene a reforzar este principio dentro de los sistemas penales y penitenciarios. Las víctimas necesitan sentirse dignas de consideración; asimismo se es duro con el delito, pero se respeta la dignidad de las personas que hay detrás del delito y se les da la oportunidad para cambiar.

Estamos hablando de personas y es que los derechos humanos y este principio de humanidad son inherentes a todos los seres humanos por el mero hecho de serlo, y el derecho internacional se ha venido ocupando de recordar estos derechos y de intentar que todos los estados, los reconozcan y los protejan. La labor de los estados es doble, por un lado, deben respetar estos derechos humanos y, por otro lado, deben protegerlos para evitar abusos. Y además los estados deben de realizar todas las medidas necesarias para que estos derechos humanos sean una realidad. De la misma forma, todos los seres humanos tienen el derecho de ser protegidos por el estado donde viven, y si finalmente sufren algún daño, como por ejemplo derivado del delito, el estado debe procurar todos los medios necesarios para su recuperación y su reparación tanto material como moral.

Y debe intentarlo de la mejor manera posible, por eso ante la desilusión que frecuentemente produce el sistema penal tradicional, la justicia restaurativa ofrece una mejor atención a las necesidades de las víctimas²⁴³ y favorece su recuperación física y emocional.

Por eso, no es imposible pensar que la justicia restaurativa contempla y fortalece los derechos humanos básicos y hace que el principio de humanidad tenga más fuerza en el derecho penal. De esto, se han percatado las instituciones de derecho internacional como la ONU y precisamente han incluido ya en sus disposiciones y para favorecer la protección de los derechos humanos, recomendaciones sobre justicia restaurativa.

Este respeto a la dignidad es fundamental entonces para el principio de humanidad dentro del derecho penal, igual que es esencial para la justicia restaurativa.

²⁴³ Sin hablar expresamente de justicia restaurativa Beristain, ya establece la necesidad de dar voz a las víctimas, algo que es precisamente de lo que se encarga la justicia restaurativa de proveer su mayor y mejor participación siendo escuchada en todo momento, véase, Beristain Ipiña, V. (2004) " *Protagonismo de las víctimas de hoy y mañana. Evolución en el campo jurídico penal, prisional y ético*". Valencia. Tirant lo Blanch, pp. 33 y ss.

De todas formas, es necesario valorar hasta dónde extender el principio de humanidad, ¿solo para prohibición de tratos inhumanos o degradantes?²⁴⁴ o quizá se hace necesario ir un poco más allá, al igual que propugna nuestra constitución española, al considerar que el estado social y democrático de derecho: debe promover las condiciones para que la libertad y la igualdad (...) sean reales y efectivas” y “remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social” (art. 9.2 CE). Según De la Cuesta, son tres las líneas principales en las que se manifiesta el contenido específico del principio de humanidad en derecho penal:

(a) La prohibición de la tortura y de toda pena y trato inhumano o degradante²⁴⁵.

Recogida internacionalmente, no sólo en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (art. 5) y en el Pacto de derechos civiles y políticos de 1966 (art. 7), sino en la generalidad de textos e instrumentos internacionales (universales y regionales) en materia de derechos humanos, la regulación más detallada de la prohibición de la tortura se encuentra en la Convención de Naciones Unidas de 1984, que siguió a la Declaración de las Naciones Unidas de 1975 sobre la protección de todas las personas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

Define la Convención, un concepto internacional mínimo de tortura, como abuso de poder²⁴⁶, basado en la acusación de dolores o sufrimientos graves físicos o mentales con finalidad indagatoria, punitiva, intimidatoria o discriminatoria, propugnando su tipificación penal como delito pluriofensivo, especial, de resultado, doloso, de tendencia (en sentido estricto) y susceptible de comisión por omisión²⁴⁷. Al lado de la tortura, se prohíben los tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes (art. 16), que los Estados también deben perseguir. Obviamente, estos postulados están recogidos en multitud de normativa internacional a nivel mundial y europeo y está integrado en los derechos internos de los estados, como en nuestro texto constitucional donde el art. 15 de la Constitución declara el derecho de todos “a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”, además de otros artículos del código penal.

²⁴⁴ De la Cuesta, JL. (2009) “*El principio de humanidad en el derecho penal*”, Eguzkilore. Nº23 San Sebastián, pp. 209-225.

²⁴⁵ Torío López, A. (1986) “*La prohibición constitucional de las penas y tratos inhumanos o degradantes*”, Poder Judicial, 4, pp. 81.

²⁴⁶ De la Cuesta, JL. (1992) “*La tortura como abuso de poder: aspectos penales, La Criminología frente al abuso de poder*”, San Sebastián, pp. 149 ss.

²⁴⁷ De la Cuesta, JL. (1990) “*El delito de tortura*”, Barcelona, pp. 24 ss.

Es claro que la justicia tradicional, en general y el derecho penal en particular, trata de proteger a los seres humanos ante posibles agresiones físicas y morales, sin embargo, y una vez que los delitos suceden, deben ir más allá atendiendo las otras dos líneas que a continuación expondremos. La justicia restaurativa lo que hace es recuperar y fortalecer este principio de humanidad y si la incorporamos como complemento al sistema penal y penitenciario de justicia, podemos conseguir sin lugar a duda, un mejor cumplimiento de este principio y la creación de un sentimiento de comunidad más segura.

(b) La orientación resocializadora de la pena, en particular si es privativa de libertad. Como ya hemos comentado, muy relacionada con la prohibición de tratos inhumanos está la función de las penas de reinserción social, y de hecho en la Constitución Española, se añade: “que no podrán consistir en trabajos forzados” para reforzar la idea de no atentar contra la dignidad de los privados de libertad. Esta parte del principio de humanidad puede ser en sí mismo una paradoja dentro del sistema penal, puesto que por un lado, se ha reforzado las garantías procesales del infractor, para que en todo momento pueda estar seguro de un juicio justo, pero esto ha supuesto, por otro lado, su frecuente no responsabilización por el delito cometido salvo si es por conseguir beneficios jurídicos²⁴⁸ y el olvido de la víctima, en detrimento del infractor, otro aspecto importante, que se verá más tarde, sobre el principio de humanidad.

Esto no fomenta curiosamente su reinserción, ya que muy pocos de los que van a prisión, o son condenados a una pena o medida de seguridad son conscientes del daño que han causado, y en todo caso, se ven como víctimas del sistema, lo que pocas veces influirá de forma positiva, en su propósito de desistir del delito y querer vivir respetando las normas penales. Pero es que, además, en la actualidad el populismo punitivo, ha hecho que haya toda una corriente, muy en consonancia con las teorías del derecho penal del enemigo, que propugna y fomenta el aumento del rigorismo punitivo.

²⁴⁸ Véase artículo 787 de la Ley de enjuiciamiento criminal y otros referidos a las sentencias de conformidad en la que el acusado se conforma con la pena más grave solicitada con el propósito de evitar el juicio. Pero yendo más allá, Ley Orgánica 7/1988, introdujo un principio de negociación, permitiendo que el escrito de la defensa se presentara juntamente con el del fiscal (antiguo artículo 791.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), o bien autorizando al Ministerio Fiscal a que rebajara la pena en el juicio oral con el fin de favorecer la conformidad del acusado (antiguo artículo 793.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

Esto ha llevado a una excesiva punición de determinados delitos con penas privativas de libertad elevadas e incluso con la introducción en España, de la prisión permanente revisable²⁴⁹, una suerte de cadena perpetua²⁵⁰, que deja en entredicho, el principio de intervención mínima del derecho penal²⁵¹, y pone en serias dudas, si estas penas excesivamente altas, son proporcionadas y si cumplen los tratados internacionales de derechos humanos básicos y los específicos referidos al ámbito penitenciario.

Frente a esta perspectiva de muchos derechos penales y penitenciarios, la justicia restaurativa se revela como una justicia que fomenta la reinserción y para muchos autores como Maruna²⁵² el desistimiento del delito puesto que parte de la idea de que se debe ayudar al infractor a asumir su responsabilidad, y ver que su acción, sí tuvo consecuencias. Esta justicia les va a ayudar a poner rostro a sus víctimas y entender el impacto de sus acciones en ellas y en la propia la comunidad.

Dentro de la justicia penal podría ser una alternativa al juicio en delitos leves, pero será un complemento para los graves, pudiendo ser considerada también como una forma de tratamiento penitenciario. Además, esta ayuda para el infractor en el sentido de que pueda responsabilizarse por el daño causado repercute en la siguiente línea básica de este principio de humanidad ya que va a servir de ayuda para las víctimas.

(c) la atención a las víctimas de toda infracción penal.

La víctima necesita sentir que se hace justicia, sentir que el sistema la apoya. Pero precisamente el excesivo reconocimiento de los derechos del infractor durante el proceso penal ha llevado a relegar a la víctima a un segundo plano. Se la reconocen en numerosas leyes tanto internacionales como nacionales, una serie de derechos básicos pero que pocas veces tienen que ver con sus verdaderas necesidades tras el delito.

²⁴⁹ La prisión permanente revisable es la máxima pena privativa de libertad en España. Fue aprobada en el Congreso de los Diputados el 26 de marzo de 2015. García Valdés, C. (2016) “*sobre la prisión permanente y sus consecuencias penitenciarias. Contra la cadena perpetua*”. Coord. por Cristina Rodríguez Yagüe; Luis Alberto Arroyo Zapatero (ed. lit.), Juan Antonio Lascuráin Sánchez (ed. lit.), Mercedes Pérez Manzano (ed. lit.), pp. 171-178.

²⁵⁰ D. Garland, D. (1997), “*The Punitive Society: Penology, Criminology and the History of the Present*”, The Edinburgh Law Review, I, pp.2. Asimismo, Díez Ripollés, JL. (2004), “*El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana*”, Jueces para la Democracia, 49, 2004, pp. 25 ss.

²⁵¹ Decimos deja en entredicho porque en nuestra opinión se ha realizado un progresivo aumento del rigorismo punitivo e incluso se ha procedido a introducir nuevas modalidades delictivas que muchas veces penalizan los riesgos no los resultados dañosos, excediéndose más allá de lo necesario en la intervención del derecho penal.

²⁵² Maruna, S. (2006) “*Desistance and restorative Justice: its now or never*”. Restorative Justice: an international journal, 4(3) pp. 23-33.

Es frecuente mercantilizar su dolor y creer que la reparación material es lo único a lo que aspira o debe aspirar la víctima.

Sin embargo, como se verá, las necesidades de las víctimas²⁵³ tienen más que ver con sentir que alguien se responsabiliza por el daño sufrido, necesita contar su historia sin sentir que es interrogada para incorporar lo sufrido como una parte más de su vida, y sobre todo necesitar sentirse reconocida como digna de respeto y consideración.

Como se puede ver, estas son algunas de las más básicas necesidades de las víctimas y que tienen que ver con esta dignidad como presupuesto básico del principio de humanidad. El sistema penal muy pocas veces satisface estas necesidades, ya que como dijimos, no fomenta la responsabilización del infractor, pero, además, la víctima es tan solo un mero testigo en un hecho que la afecta tan directamente como el delito²⁵⁴. Por esto surgió la justicia restaurativa para devolver a la víctima el protagonismo que la corresponde, y no por eso se olvida del infractor ni es blanda con el delito. Ayudando al infractor a la asunción de responsabilidad, se ayuda a las víctimas a sentirse reparadas y esto repercute en la comunidad²⁵⁵, ya que se siente más segura porque hay menos probabilidades que se conviertan en futuras potenciales víctimas.

Esto es interesante, ya que como se ha visto es obligación de los estados como garantes de los derechos humanos, proteger a sus ciudadanos frente a posibles abusos y violaciones de derechos, por tanto, por esta vía, está cumpliendo esta función preventiva y protectora. Y además coopera en la recuperación y sanación, de los que ya fueron tocados por el delito.

El principio de humanidad está íntimamente relacionado con los postulados de una justicia penal ideal, que en ocasiones poco tiene que ver con la realidad, sin embargo, es también la base del surgimiento de la justicia restaurativa, recuperar la humanidad en la justicia y conseguir que las víctimas tengan la oportunidad de participar activamente en su caso, si así quieren y a la vez, ayudar al infractor a ver el impacto del delito.

²⁵³ Zehr, H. (1990) *“Cambio de lentes: un nuevo enfoque para el crimen y la justicia”*. Herald Press, Pennsylvania, pp.42 y ss.

²⁵⁴ A pesar de que se está avanzando hacia dar mayor participación a la víctima como se puede ver en la ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito.

²⁵⁵ Según Walgrave la justicia restaurativa ayuda también a generar responsabilización en la comunidad, véase el libro de este autor, Walgrave, L. (2008) *“Restorative justice, self-interest and responsible citizenship”*. Cullompton: Willan Publishing.

Sin lugar a duda, este principio de humanidad, reconocido en normas internacionales y nacionales, puede ser cumplido de una forma más eficaz si introducimos este enfoque restaurativo en el sistema penal y penitenciario.

8. Objetivos.

A) Introducción.

Una vez examinado el origen de la justicia restaurativa y sus principios, es fácil determinar cuáles son sus objetivos esenciales: ayudar a las personas a recuperarse del delito.

Esto se puede desglosar como ya hemos visto en dos aspectos:

- La justicia restaurativa busca atender las necesidades que surgen tras el delito, la esencial será la reparación a la víctima.
- La justicia restaurativa trata de fomentar la asunción de responsabilidad del infractor, lo que podría llevar a una mejor reinserción partiendo de que pueda entender el impacto de sus acciones.²⁵⁶

Una vez concretados estos objetivos esenciales, se hace necesario examinar algunas cuestiones referentes a ellos, en primer lugar, sobre la reparación del daño, es importante matizar cómo la entiende esta justicia y valorar que la reparación no siempre es como la entendemos, los que no somos víctimas, y, en segundo lugar, es esencial analizar el perdón, ya que se suele plantear como un objetivo de la justicia restaurativa, y realmente no lo es.

B) La reparación del daño a la víctima.

La reparación del daño en el derecho tradicional es más importante de lo que pudiera parecer a priori y son muchos los autores que consideran que deberían ser pieza clave en todos los derechos penales y penitenciarios.

El derecho penal, tiene como misión proteger los bienes jurídicos, motivar conductas, prevenir en forma general y reafirmar las normas.

²⁵⁶ Hudson, J. y Galaway, B. (1974) “*Undoing the wrong*”, *Social Work*, 19(3), pp. 313–18.

Partiendo del respeto a estas funciones, la pena no debe estar destinada solo para infligir castigo sino para resocializar al infractor²⁵⁷. Desde el punto de vista general-positivo, debe servir para reafirmar la norma que ha sido vulnerada, pero en ocasiones, produce un efecto negativo y es que el infractor en lugar de asumir su responsabilidad siente que es “víctima” del sistema injusto, una percepción que puede ser totalmente infundada pero que tiene su raíz en muchas ocasiones en la privación de libertad del victimario después de ser declarado culpable.²⁵⁸ Por eso, la pena debería cumplir la función retributiva y preventiva pero también la pena debería tener una función reparadora²⁵⁹, ya sea con la víctima directa del delito o con la sociedad, en general. Y es que la reparación del daño, según Roxin²⁶⁰, tiene efectos resocializadores, ya que obliga al autor a enfrentarse con las consecuencias del hecho y a asumir los intereses legítimos de las víctimas. La reparación en el ámbito jurídico penal²⁶¹ se puede considerar como el restablecimiento del orden jurídico perturbado por la comisión del hecho delictivo. En este sentido, **existen varias clases de reparación²⁶², que se podrán aplicar a los procesos restaurativos, con ciertos matices:**

(a) Reparación económica.

Es el acuerdo destinado para reparar de manera económica el daño causado por el delito. Puede consistir en el desembolso de un importe determinado de dinero, aunque también en la restitución de la cosa objeto del delito. En un proceso restaurativo²⁶³, la concreción de estas cantidades sólo responde a los criterios de las partes, con lo que la reparación económica se subjetiviza, alejándose de la responsabilidad ex delicto que objetivamente

²⁵⁷ Roxin, C. (1991) “*La reparación en el sistema jurídico penal de sanciones*”. Jornadas sobre la reforma del derecho penal en Alemania. Ed, cuadernos del consejo general del poder judicial 8 Madrid, pp. 119 y ss.

²⁵⁸ Sobre la victimización del delincuente ha hablado el autor Romero Coloma, AM (1996) “*El recluso y su victimización: nuevas perspectivas ante el recién aprobado Reglamento Penitenciario*”. Nº2, pp.729-742.

²⁵⁹ Roxin, C. (1998) “*Tiene futuro el Derecho Penal*”, en Revista del Poder Judicial, 3ª época, nº 49.

²⁶⁰ Roxin, C. (2006) “*Derecho penal. Parte General. Tomo I-Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*”. Editorial Civitas.

²⁶¹ El fundamento de la reparación puede encontrarse en Tamarit Sumalla, J. (2012) “*La articulación de la justicia restaurativa con el sistema de justicia penal, en La justicia restaurativa: desarrollo y aplicaciones*”. Ed. Comares, Granada, pp. 65.

²⁶² Toews, B. (2008) “*Restorative justice lessons from offenders*”. In M. E. Armster & L. S. Amstutz (Eds.), “*Conflict transformation and restorative justice manual: foundations and skills for mediation and facilitation*”. Akron, Pa., USA: Office of Justice and Peacebuilding, pp.99-101.

²⁶³ En los procesos restaurativos las partes son las que deciden y concretan cómo será la reparación económica, sin guiarse por criterios legales o normas preestablecidas.

se hubiese impuesto en el procedimiento judicial, pudiendo ser inferior a la responsabilidad civil peritada²⁶⁴.

Esto supone que a veces se repara en exceso (aceptado por el infractor) o a veces existe defecto de reparación o incluso renuncia de la víctima a la misma, porque puede darse por satisfecha con el proceso restaurativo en sí o por otras formas de reparación, que pudiera haber. El elemento proporcional²⁶⁵ no está incluido dentro de las reparaciones que puedan pactarse dentro de un proceso restaurativo, sino que dependerá de lo que las partes decidan, siempre dentro de la legalidad, esto implica que la medida reparadora, en este caso, no incluye la mencionada proporcionalidad a la gravedad del delito (al daño causado y a la culpabilidad) que tradicionalmente han observado las penas, sino que tal elemento, aparecerá en función de lo que decidan las partes.

Esta aseveración puede resultar a priori extraña a los ojos de personas que no conozcan cómo es el desarrollo práctico de la justicia restaurativa pero sabemos que durante el proceso se crea un espacio seguro donde las partes pueden hablar sobre sus expectativas y pueden llegar a acuerdos que por exceso o defecto atiendan las necesidades de las víctimas de forma diferente a lo que el sistema penal diría que en ese caso concreto, tiene derecho esta víctima. Siempre que no se vulneren los derechos fundamentales del victimario ni el acuerdo sea contrario a su dignidad no existiría mayor problema al respecto.

Y es que, como mera anécdota, hemos de repetir aquí, lo que decía Shakespeare, con mucho acierto, en su libro el "Mercader de Venecia": "está bien pagado quien queda satisfecho, y yo estoy satisfecho de haberos redimido."

Esto significa que lo importante es que la víctima se dé por satisfecha, se sienta bien con la reparación que ha obtenido, por parte del infractor, sea cual fuere la forma en que lo ha hecho y lo que ha obtenido.

Puntualmente pueden aparecer otras formas de reparación económica: indemnización por los días de baja de la víctima, pago de deudas derivadas de una pensión (por ejemplo, en caso del delito de impago de pensiones) y restitución del objeto sustraído.

²⁶⁴ Esto no significa que la responsabilidad civil sea considerada por la justicia restaurativa arbitraria o injusta, simplemente desde una perspectiva práctica, la experiencia nos dice que un gran número de víctimas cuando participan en un proceso de justicia restaurativa, dan menos importancia a la reparación material y cobra más sentido para ellas la simbólica o moral, de ahí que algunas incluso renuncien de forma expresa a la responsabilidad civil pero porque sus expectativas se han visto satisfechas de otra manera.

²⁶⁵ Barboni Pekmezian, L y Valls Prieto, J. (2014) "*La reparación del daño en la justicia penal*". Ciencias Psicológicas VIII (2), pp. 199 – 207.

Con la justicia restaurativa, las partes fijan los criterios para concretar el contenido de la reparación y a diferencia de lo que ocurre en sede judicial, la decisión en última instancia sólo depende de las voluntades de la víctima y el infractor y/o comunidad, sin perjuicio que luego sea supervisada por el facilitador y por el fiscal o juez.²⁶⁶

En cuanto a cuándo se realizará el pago, éste puede darse en el acto o se puede fijar un plazo y en cuanto a la forma, ésta se pactará por las partes en consonancia con el principio de la autonomía de la voluntad. Para que pueda aplicarse en el proceso penal y tal como dice el atenuante, debe comenzar la reparación²⁶⁷ antes del juicio.

(b) Reparación de los perjuicios personales y morales.

Esta forma de reparación es la que más directamente busca solucionar el conflicto que surge tras el delito y el daño, entre las partes.

Aquí, se puede destacar, la petición de perdón²⁶⁸ por el infractor y su consiguiente aceptación por la víctima.

Aunque como veremos luego, este perdón no es un objetivo esencial, sí es cierto que, en ocasiones, las disculpas surgen de manera espontánea y esto satisface a las víctimas.

Para muchas otras, el hecho de participar en un proceso restaurativo, la confrontación y el intercambio de impresiones entre las partes, se incluya o no en este acto el perdón, resulta suficiente al considerarse la víctima tranquila y satisfecha al haber entendido el porqué del delito (y sus circunstancias) cometido sobre ella, por un desconocido o quizá no tanto o por aclararse un conflicto previo.

²⁶⁶ Muchos han considerado estas afirmaciones un tanto arriesgadas y hablan de la posición de desigualdad de una de las partes como problema para que estos acuerdos sean considerados aceptables. Estas afirmaciones se hacen desde el prisma de la mediación en la que efectivamente debe existir una igualdad de las partes (hay conflictos co construidos) para evitar posibles desequilibrios que perturben los acuerdos mutuamente satisfactorios. Sin embargo, debemos recordar que la justicia restaurativa ya parte de un desequilibrio de base, no hay dos partes en igualdad de condiciones sino una persona que sufrió un daño y otra que lo causó no hay corresponsabilidad, por eso precisamente la práctica restaurativa comienza con reuniones preparatorias para valorar estos aspectos y solo si se dan las circunstancias se hará una o varias reuniones conjuntas para trabajar estos temas. Además en todo caso la supervisión final es doble, la del facilitador y la del juez y fiscal.

²⁶⁷ El artículo 21.5 del código penal habla de la atenuante de reparación del daño: “*La de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral*”.

²⁶⁸ Aunque el objetivo de la justicia restaurativa no es que las personas se perdonen, sí hay una referencia a los efectos jurídicos del perdón del ofendido en determinados delitos, así el artículo 130.5 del código penal, habla del perdón del ofendido, como extinción de la responsabilidad criminal, y solo es posible en aquellos delitos perseguibles mediante denuncia o querrela del agraviado, y cuando la ley prevea expresamente tal efecto del perdón, lo que no sucede en otros delitos, como el de agresiones sexuales, ya que en ellos el perdón del ofendido o del representante legal no extingue la acción penal o la responsabilidad criminal. Esta referencia legal perfectamente puede servir para dar forma legal al acuerdo de justicia restaurativa siempre que la clase de delito lo permita.

Esto significa, que se considera que el delito y los conflictos que éste conlleva han quedado solucionados sólo con las disculpas y/o el esclarecimiento de los hechos y las sensaciones de las partes, no siendo necesario en este caso (según las partes), otro acuerdo reparador. En otros casos, entre las partes se fijan determinados pactos de actuación y conducta para mejorar la relación problemática. Son pactos de modo de comportamiento futuro y se suelen dar, por ejemplo, cuando las partes tienen vínculos familiares, de vecindad... Son muchos los casos en los que las víctimas²⁶⁹ necesitan y requieren, no solo que el infractor se responsabilice, sino que además se comprometa a no volver a delinquir. Es más, en la mayoría de los acuerdos tras un proceso restaurativo, lo primero que solicita como reparación del daño, que el ofensor se comprometa a no volver a hacerlo.

(c) Reparación de actividad.

Existen tres requisitos que deben definir la reparación como actividad:

Carácter público.

Búsqueda directa de resocialización del infractor.

Concreción en espacio y tiempo de la medida.

Estas actividades, enfocadas en un proceso restaurativo, aunque no tienen incidencia directa en la víctima, le reportan a ésta una reparación moral, al saber que el autor del delito realizará unos esfuerzos que expresarán su arrepentimiento y su voluntad de no reincidir. Además, contienen una idea amplia de reparación, que abarca no sólo a la víctima sino también a la comunidad²⁷⁰ en general.

Estas tres clases de reparación del daño²⁷¹, desde un punto vista jurídico-penal son también aplicables, como ya se ha visto, a los procesos restaurativos, por eso, frecuentemente, se suele confundir e incluso identificar justicia restaurativa con reparación del daño, algo lógico en parte si se tiene en cuenta que esta reparación puede ser uno de los objetivos de esta forma de ver la justicia.

²⁶⁹ Iturbe, MO. (1958) "La nueva victimología: nuevo enfoque criminológico de la víctima del delito". Revista penal y penitenciaria. Madrid, pp.19.9.

²⁷⁰ Faget, J. (2000) "Mediation, Criminal Justice and Community Involvement, A European Perspective in The European Forum for Victim-Offender Mediation and Restorative Justice" (ed.), Victim-Offender Mediation in Europe—Making Restorative Justice Work. (Mediación, justicia criminal e involucramiento de la comunidad, una perspectiva europea" en el Foro Europeo para la Mediación Víctima-Delincuente y Justicia Restaurativa (ed.), Mediación entre víctima y ofensor en Europa - haciendo que la Justicia restaurativa funcione). Leuven: Leuven. University Press, pp. 39-48.

²⁷¹ Queralt Jiménez, J.J: (1996) "Víctimas y garantías: algunos cabos sueltos. A propósito del proyecto alternativo de reparación". Anuario de derecho y Ciencias penales, T. XLIX fascículo I, pp. 342 y SS.

Esta confusión, además es frecuente en lugares en los que, para poner en marcha iniciativas de justicia restaurativa, al no existir ley expresa, hay que usar lo que la legislación ofrece, como en el caso de España, donde hasta el año 2015, las iniciativas de justicia restaurativa se basaban en la atenuante de reparación del daño, existente en el actual código penal. Sin embargo, hay diferencias muy notables, la justicia restaurativa gira en torno a la comunicación entre las dos partes involucradas en un delito.

Mientras la reparación del daño, desde un punto de vista jurídico-penal estricto, intenta armonizar el equilibrio entre las partes a través del pago de una a otra. Esta reparación del daño puede ser exigida por un tribunal, sin comunicación entre las partes. Un proceso de justicia restaurativa, a menudo, concluye con un acuerdo de reparación material del daño, muy similar a la teoría general de daño, pero realmente lo novedoso es que un proceso restaurativo, debería finalizar siempre que sea posible con un acuerdo reparatorio, en sentido amplio, y es que cuando se habla de justicia restaurativa, la reparación debe ir más allá de la teoría general de compensar económicamente el daño, el contenido de la reparación es más profunda y su valor es ante todo ético, moral y social. Por lo tanto, reparar para la justicia restaurativa, no es solo la idea de reparación material del infractor a la víctima y propia de los tribunales de justicia, además esto limitaría enormemente su aplicación, ya que en sentido estricto no todos los delitos pueden ser reparados desde un punto de vista material y no todas las víctimas desean esta clase de reparación.

En justicia restaurativa, este término trata de la restauración de los “lazos quebrados” entre las personas: entre víctima e infractor, víctima y comunidad, infractor y comunidad e incluso entre miembros de la sociedad entre sí, eso es así porque el delito desde la perspectiva de esta justicia, ya se ha visto que no sólo es una violación de las normas escritas creadas por el estado, sino como una vulneración de los lazos entre los individuos porque el delito²⁷² daña a las personas.

Por eso, la justicia restaurativa, juega un papel importante transformando la forma de relacionarnos los unos con los otros.

²⁷² Strang, H. (2004) “*Is restorative justice imposing its agenda on victims?*” En H. Zehr & B. Toews (Eds.), “*Critical issues in restorative justice*”. Monsey, NY: Criminal Justice Press. pp. 95-106.

De ahí que la reparación²⁷³ tenga una visión más trascendental, que trata de atender las necesidades de todas las víctimas, reintegrar al infractor de nuevo en la sociedad y conseguir así, una sociedad más segura y pacífica, en definitiva y aunque suene a tópico, un lugar mejor donde vivir.

Este concepto transformador de reparación comprende, por tanto, no sólo el material sino la emocional. La víctima necesita superar el trauma que conlleva haber sufrido un delito, para ello, es necesario que pueda “reconstruir” la historia, incorporando el delito como una parte más de su vida.

Para lograr esto, en ocasiones las víctimas necesitan obtener repuestas, y saber que hay un responsable: el infractor. Los procesos restaurativos facilitan la reparación del daño y enfocarlo de esta manera más humana.

Precisamente, la importancia de los procesos restaurativos con respecto a la reparación es que esta actividad reparadora no es impuesta por un tercero ajeno al delito (el juez) sino que es asumida por el infractor de forma totalmente voluntaria. Esto conlleva que, al querer reparar el daño, es porque ha asumido su responsabilidad, se ha dado cuenta del daño causado y acepta esta obligación como algo normal. Esta reparación, que trasciende del sentido exclusivamente material,²⁷⁴ acaba siendo no una obligación o un deber del infractor para con la víctima, sino una actividad educativa que se le ofrece como una consecuencia lógica de sus acciones, ya que si se ha hecho algo que ha causado un daño, lo normal es que se haga lo necesario para remediar, aminorar y/o compensar este daño.

Con la asunción de esta actividad reparadora por el infractor, éste se va a poder reconciliar con la víctima (si es posible), con él mismo y su familia (víctimas también del delito, ya que ha sufrido, al saber que su familiar ha cometido un hecho sancionado por la ley) y con la comunidad.

²⁷³ Para algunos autores hacer justicia implica ayudar al ofensor a reparar al daño y que la víctima pueda recibir la reparación adecuada a sus necesidades, sobre esto destaca; Wright, M. (1996) “*Justice for Victims and Offenders: A Restorative Response to Crime (Justicia para víctimas y ofensores: una respuesta restaurativa al crimen)*”. Winchester: Waterside Press.

²⁷⁴ Para muchos autores esta reparación solo material sería una reparación de “mínimos” que realmente no cubre las necesidades y expectativas reales de las víctimas, en este sentido se pronuncia Beristaín, A. (2004) “*De la victimología de mínimos a la de máximos*”, ABC, 29 de mayo, pp. 22.

C) El perdón.

El perdón puede o no darse dentro de un proceso restaurativo. Este perdón va a favorecer, más a la víctima que al infractor, pero para eso debe ser genuino y sincero. Hemos hecho referencia al perdón como parte de una posible reparación simbólica o moral, ahora nos vamos a referir al perdón enmarcado como posible o no objetivo de la justicia restaurativa.

Para adentrarnos qué significa este perdón, lo primero sería ver cuál puede ser la definición; perdón²⁷⁵ es la repuesta moral de una persona a la injusticia que otra ha cometido contra ella. Uno puede perdonar y, sin embargo, no reconciliarse.

El perdón y la reconciliación no son realmente fines u objetivos de la justicia restaurativa, pero sí pueden propiciarse a través de los procesos restaurativos.

Erróneamente, suele asociarse el hecho de perdonar con olvidar el mal causado, lo cual, supondría disminuir la responsabilidad al infractor. Perdón no supone olvido, ni tan siquiera como dice la Biblia “*poner la otra mejilla*”. Implica que los infractores se dejen perdonar, pero porque han reconocido el daño que causaron, no porque se haya justificado su acción delictiva, se haya minimizado o se haya excusado el daño.

El perdonar o no es algo muy personal, que depende de cada víctima (de cada persona).

Sin embargo, perdonar puede ayudar enormemente a la víctima para poder seguir adelante. Con su perdón, no va a borrar el mal que le ocasionó el infractor, pero va a poder recordarlo sin dolor.

Habrà reescrito su “historia”, incorporando el delito sufrido como un aspecto más de su vida, lo recordará, pero sin amargura, porque gracias al perdón habrá podido “cicatrizarse” las heridas que el hecho delictivo la produjo. Si se desea obtener estos beneficios, que el perdón genera, el paso más importante es que la víctima se perdone a sí misma.

La víctima²⁷⁶, debe darse cuenta de que lo que ha sucedido no es su culpa, que es una persona digna de respeto y que no se merecía sufrir el delito.

Se debe valorar como persona, para que el proceso del perdón sea eficaz y verdadero.

Se trata, en definitiva, de que la víctima se reconcilie consigo misma y con su entorno, para que luego el perdón produzca los beneficios deseados.

²⁷⁵ Castrillón-Guerrero, L, Riveros Fiallo, V, Knudsen, M.L, López, W, Correa-Chica, A y Castañeda Polanco, J. (2018) “*Comprensiones de perdón, reconciliación y justicia en víctimas de desplazamiento forzado en Colombia*”, Revista de Estudios Sociales [En línea], 63 | enero 2018, Publicado el 01 enero 2018, consultado el 30 mayo 2019. URL: <http://journals.openedition.org/revestudsoc/1223>.

²⁷⁶ Muchos son los autores que han hablado de los sentimientos de vergüenza y culpabilidad de las víctimas, y cómo influye en su forma de gestionar el daño tras el delito, podemos destacar a Umbreit, M.S y Coates, R. B. (2000) “*Multicultural Implications of Restorative Justice: Potential Pitfalls and Dangers*”. Washington (D.C.): Departamento de Justicia de EUA, Oficina de programas de Justicia y Oficina para las Víctimas del Crimen.

Aunque es claro que el perdón y la reconciliación no van unidos, sí están relacionados y pueden considerarse que son dos puntos en el camino de la recuperación y reinserción de la víctima y también del infractor²⁷⁷.

La reconciliación empieza con la hostilidad e ira tanto de la víctima como del infractor. La sed de venganza se convierte en un sentimiento habitual en las víctimas. El error puede ser considerado como malo y negativo estas ganas de venganza y hostilidad, porque como seres humanos, es parte de nuestra naturaleza tener ciertos sentimientos o incluso pensamientos calificados como “políticamente no buenos” pero es verdad que los seres humanos podemos razonar, evolucionar y dejarnos aconsejar y guiar²⁷⁸.

El por qué el perdón no es un objetivo de la justicia restaurativa, se resume en esta pregunta y su explicación ¿qué repara más una disculpa o un reconocimiento del daño causado? Por supuesto es mucho más importante que alguien te diga: “si, reconozco lo que ha pasado y tus sentimientos, y sé que soy responsable por ello”.

Porque puede ocurrir que te digan lo siento, pero sin creer que se haya hecho mal y entonces las víctimas sentirían que no se hace justicia porque para sentirse resarcidas del daño sufrido, es precisamente una de sus primeras necesidades es que se haga justicia, y para ello es necesario que alguien se responsabilice del delito. De ahí, la gran importancia de la justicia restaurativa, ya que esta puede llevar al infractor al reconocimiento de los hechos y la asunción de su responsabilidad²⁷⁹, y por eso mismo esta justicia no es una opción blanda.²⁸⁰

Las buenas prácticas de justicia restaurativa deben dejar al margen las disculpas y el perdón, porque lo que está en el centro es el diálogo.

²⁷⁷ Un efecto positivo que tiene la justicia restaurativa y este posible perdón que se puede dar como consecuencia del proceso en sí mismo es la humanización que se traduce en que: “las que las partes se dejen de ver como objetos y empiecen a considerarse como personas que son” en Zehr, H y Mika, H. (1998) “*Fundamental Principles of Restorative justice*”. The Contemporary justice review, vol. 1, N°1 pp.48.

²⁷⁸ Zehr, H y Mika, H. (1998) “*Fundamental Principles of Restorative Justice*”. The Contemporary Justice Review, Vol. 1, No. 1 pp.47-55.

²⁷⁹ Muchos autores establecen que el proceso penal tradicional no satisface los intereses de los afectados por el delito porque el infractor no asume el daño, sino que se coloca en una posición pasiva y defensiva frente a la justicia restaurativa que parte de esta oportunidad que se da al infractor para entender el daño, así lo estableció Nils Christie. Christie, N. (1992) “*Los conflictos como pertenencia*”. En Christie N, et al. “*De los delitos y las víctimas*”. Buenos Aires: Ad-Hoc, pp.157-182.

²⁸⁰ Algunas críticas que recibe la justicia restaurativa es precisamente que se trata de una justicia blanda en la que el victimario no recibe su reproche penal y con una simple participación en un proceso de justicia restaurativa sería suficiente, sin embargo, estos procesos son mucho más complicados porque los ofensores son enfrentados con respecto a sus acciones, si hay reunión conjunta ponen rostro al delito y sobre todo deben responsabilizarse y asumir el daño, y solo si el delito es leve sería considerado una alternativa sino es un complemento del sistema penal. Al respecto podemos destacar a Zehr, H. (2003) “*Retributive justice, Restorative justice*”. G. Johnstone (ed)A Restorative Justice Reader: text, sources, context. Willian Publishing, pp.69 y ss.

Es sobre la discusión de cómo impactó el delito en un ser humano o cómo dañó a las víctimas²⁸¹, supone una dinámica de cómo relacionarse, en el que la gente se toma su tiempo, busca su espacio y se escuchan unos a otros. Por eso, es esencial que el infractor entienda el contexto, solo así podrá comprender el daño que hizo.

Este contexto es el conocer de propia voz de la víctima, el impacto del delito, “es la historia que rodea la historia”. Una vez que el infractor, sabe dónde está y el daño que ha causado, puede emprender el camino de hacer las cosas bien para la víctima, la comunidad y el mismo. Esta asunción de responsabilidad va a permitir al infractor, crecer como persona, aprendiendo la lección y retomando el control de su vida, hacia una vía sin delitos.

Por supuesto, que, en jóvenes infractores, el efecto de la justicia restaurativa puede ser mayor porque tienen una personalidad que se está formando, se dejan guiar por las amistades y las justificaciones que elaboran en su mente para cometer un delito, se revelan como algo muy importante para ellos y al enfrentarlos directamente con las víctimas, puede suponer, un punto de inflexión para querer cambiar y ser personas nuevas. No obstante, este punto de inflexión puede surgir en cualquier ser humano, en cualquier persona, que se dé cuenta del daño que ha causado y no quiera volver a hacerlo.

Los que conocemos los procesos restaurativos, sabemos que las disculpas y el perdón²⁸², aparecen cuando menos lo esperamos.

El perdón es beneficioso para la víctima porque simplemente se libera de unos sentimientos, que impiden recuperar cierta normalidad. Todas las víctimas deberían en algún momento, despojarse de este rol y pasar a ser supervivientes. Algunas personas critican la justicia restaurativa, especialmente para delitos graves porque creen que puede traumatizar a las víctimas de nuevo, pero esto ocurriría, solo si las disculpas y el encuentro restaurativo, en general es forzado porque es importante el perdón, pero solo si se conoce la historia de cómo el delito irrumpió en la vida de la víctima.

²⁸¹ Muchos autores han hablado de lo que implica la justicia restaurativa desde un punto de vista filosófico y tiene que ver precisamente con este diálogo sobre cómo el delito impactó en todos los afectados, así Hadley, M.L (2001) “*Restorative Justice and the Philosophical Theories of Criminal Punishment in the Spiritual Roots of Restorative Justice*”, editorial Albany, NY: State University of New York Press, pp. 31 - 56.

²⁸² Es cierto que, aunque no es un objetivo prioritario, sí es una consecuencia beneficiosa de los procesos restaurativos en sí mismos, se trata de un plus además del posible acuerdo de reparación, el hecho de que se dé el perdón. En este sentido, Considine habla sobre la “sanación” como efecto de los procesos restaurativos, lo cual incluye el perdón, Considine, J. (1995) “*Restorative Justice: Healing the Effects of Crime*” NZ: Ploughshares Publications.

Por eso, lo esencial es la rendición de cuentas del infractor y el mediador o facilitador debe preparar al infractor, para que, de forma voluntaria, pueda asumir su responsabilidad y participación en el delito y normalmente el reconocimiento durante el proceso restaurativo, lleva a concluir con un lo siento sincero y verdadero.

Al respecto cabe destacar que nuestro código penal en el artículo 130. 5 habla expresamente de la extinción de la responsabilidad por el perdón del ofendido²⁸³, en nuestro sistema de adultos este perdón es un leve acercamiento al principio de oportunidad y permite extinguir la acción penal en casos muy limitados, especialmente delitos muy leves²⁸⁴ cuando se otorga este perdón.

Se debe dar antes de la sentencia con lo que lo que extingue es el proceso, no la pena porque ésta no llega a imponerse.

Este artículo parte de la idea de empoderar a las personas, a los directamente afectados por el delito para decidir si desean o no continuar el proceso penal tradicional, aunque obviamente no se trata de justicia restaurativa como tal si tiene un tímido enfoque restaurativo puesto que precisamente la justicia restaurativa parte de unos valores entre los que destaca la idea de devolver el protagonismo a los que son afectados por el delito, darles voz, esto es empoderarlos. Si bien está claro que el legislador cuando lo redactó no tenía en mente la justicia restaurativa, sí estaba pensando en la necesidad de devolver al ciudadano el poder de decisión al menos en delitos de menos entidad.

Podríamos hablar por tanto, de cierto enfoque restaurativo y de una forma de acabar el proceso en determinados casos y por voluntad de los realmente afectados.

9. Justicia transicional y justicia terapéutica.

A la par del desarrollo de la justicia restaurativa han ido surgiendo otras formas de justicia o más bien tomando relevancia en el plano jurídico y social.

A) Justicia transicional.²⁸⁵

Es el conjunto de medidas judiciales y políticas que diversos países han utilizado como reparación a las violaciones masivas de derechos humanos.

²⁸⁴ Torres Rosell, N. (1992) “Aspectos procesales del perdón”, Cuadernos de Política Criminal, nº 46, pp.225.

²⁸⁵ Centro Internacional para la justicia transicional. 30 de mayo de 2019 <https://www.ictj.org/es/que-es-la-justicia-transicional>.

Entre ellas figuran las acciones penales, las comisiones de la verdad, los programas de reparación y diversas reformas institucionales.

Creemos que más bien es una forma de abordar la justicia en épocas de transición²⁸⁶ desde una situación de conflicto. Hasta hace unos años este modelo de transición desde un conflicto a una situación de paz se basaba en el olvido²⁸⁷, a renuncia a toda forma de averiguación de la verdad, justicia y reparación sobre los crímenes acaecidos, y se solía realizar sobre las leyes de punto final. Sin embargo, con la evolución de la justicia transicional se han ido sentando las bases de lo que implica este proceso de cambio de situaciones de guerra y conflicto por una sociedad pacífica y tiene que ver con que los estados deben satisfacer los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de sus víctimas, así como adoptar todas las medidas necesarias para garantizar su no repetición²⁸⁸, y todo esto con independencia de la orientación política de las personas que sufrieron estos delitos.

Tendría que ver con la idea de cómo hacer justicia cuando se está pasando de una sociedad violenta a otra más pacífica²⁸⁹.

Por justicia de transición²⁹⁰ ha de entenderse “toda la variedad de procesos y mecanismos asociados con los intentos de una sociedad por resolver los problemas derivados de un pasado de abusos a gran escala, a fin de que los responsables rindan cuentas de sus actos, servir a la justicia y lograr la reconciliación”. Esta definición como procesos y mecanismos nos llevaría a poder entender que la justicia transicional consiste en una serie de prácticas no en una filosofía concreta tal y como lo afirma autores como Carl Stauffer.²⁹¹

²⁸⁶ El Informe del Secretario General de NN.UU., “*El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos*” (S/2004/616), 23.08.2004, la define como: “the full range of processes and mechanisms associated with a society’s attempts to come to terms with a legacy of large-scale past abuses, in order to ensure accountability, serve justice and achieve reconciliation”. Los mecanismos para lograr tales fines pueden, según el citado informe, ser judiciales o extrajudiciales y tener distintos niveles de participación internacional (o carecer por completo de ella) así como abarcar el enjuiciamiento de personas, el resarcimiento, la búsqueda de la verdad, la reforma institucional, la investigación de antecedentes, la remoción del cargo o combinaciones de todos ellos.

²⁸⁷ Recuperado de <http://www.rightsinternationalspain.org/es/areas/1/crimenes-internacionales/1/justicia-transicional-en-espana/prensa>.

²⁸⁸ Escudero, R. (2013) “*Jaqué a la Transición: análisis del proceso de recuperación de la memoria histórica*”, Anuario de Filosofía del Derecho, n° 29, pp. 319-340

²⁸⁹ Tonche, J. y Umaña, C. E. (2017) “*Sistema integral de verdad, justicia, reparación y no repetición. Un acuerdo de justicia ¿restaurativa?*” Derecho del Estado n.º 38, Universidad Externado de Colombia, pp. 223-241. doi: <https://doi.org/10.18601/01229893.n38.09>.

²⁹⁰ Secretaría General de las Naciones Unidas: “*El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos*”, Documento S/2004/616, 3 de agosto de 2004, epígrafe 8.

²⁹¹ Stauffer, C. (2016) “*Justicia transicional*”. Conferencia impartida durante el I Congreso de justicia y paz social realizado en Ciudad de México.

Aunque otros autores como Juan Méndez²⁹² opinan que la justicia de transición tiene una triple dimensión – ética, política y legal, lo que podría aventurar que también podría llegar a ser una filosofía que inspire estas prácticas concretas.

Se suele insistir en cuatro tipos de metodologías²⁹³:

Procesos penales, por lo menos contra los principales responsables de los crímenes más graves.

Procesos de “esclarecimiento de la verdad” (o investigaciones) sobre las violaciones de derechos por parte de órganos no judiciales. Son iniciativas diversas, pero suelen centrarse no sólo en los acontecimientos, sino en sus causas y consecuencias.

Reparaciones de diversas formas— individuales, colectivas, materiales y simbólicas— en caso de violaciones de derechos humanos.

Reformas jurídicas e institucionales que pueden afectar a la policía, la justicia, el ejército y los servicios de información militar.

Estas cuatro metodologías o enfoques no se excluyen y en nuestra opinión deben venir orientadas por un enfoque restaurativo.

Sea como fuera la justicia transicional se ha venido estudiando sobre la base de prácticas concretas en determinados países como Sudáfrica, por eso la bibliografía sobre la materia suele basarse en análisis de diferentes metodologías utilizadas en distintos lugares.²⁹⁴

Por todo esto podríamos entender por las raíces comunes con la justicia restaurativa que esta aporta la fundamentación filosófica para poner en marcha las diferentes prácticas de justicia transicional.

Porque precisamente la justicia restaurativa es un camino intermedio que trata de buscar la responsabilización del infractor y la reparación a la víctima. Nos recuerda que es importante hacer justicia de forma más humana y participativa.

Tiene aspectos comunes²⁹⁵ con la justicia restaurativa pues ambas parten de la idea de reparación, empoderamiento, buscar la verdad emocional y una verdadera justicia que atienda las necesidades de las víctimas de ser reconocidas como dignas de respeto y consideración.

²⁹²Méndez, J. (1997) “Accountability for Past Abuses”, Human Rights Quarterly, vol. 19, 2, pp. 255-282

²⁹³ Recuperado de <https://www.ictj.org/es/que-es-la-justicia-transicional>.

²⁹⁴ Ripoll Carulla, S. (2014) “La justicia de transición: concepto y práctica española (selección de bibliografía y documentación)” Historiografías, 8, pp.76-107.

²⁹⁵ Ríos Martín, JC. (2007) “Justicia Restaurativa y transicional en España y Chile: claves para dignificar víctimas y perpetradores” Granada. Editorial Comares S.L, pp.33 y ss.

Los objetivos de la justicia transicional según el Centro Internacional para la Justicia Transicional variarán en cada situación, aunque sus rasgos esenciales son el reconocimiento de la dignidad de los individuos, la reparación y la admisión de las violaciones de derechos, y el objetivo de impedir que se repitan²⁹⁶.

Entre sus objetivos²⁹⁷ complementarios figuran los siguientes:

- Crear instituciones responsables y recuperar la confianza en ellas.
- Posibilitar el acceso a la justicia de los sectores sociales más vulnerables después de las violaciones de derechos.
- Conseguir que mujeres y grupos marginados participen verdaderamente en la búsqueda de una sociedad justa.
- Respetar el estado de derecho.
- Facilitar los procesos de paz y promover resoluciones duraderas para los conflictos.
- Sentar las bases para afrontar las causas subyacentes del conflicto y la marginación.
- Fomentar la reconciliación.

Nos recuerda que es importante hacer justicia de arriba abajo y de abajo a arriba.

Creemos que para que la justicia transicional ²⁹⁸funcione en un determinado estado es necesario que tenga el enfoque restaurativo necesario para que todos los afectados sientan que han sido escuchados y reparados.

Además debiera tener continuidad en el tiempo hasta que todas las personas víctimas sientan que se ha hecho justicia y han sido escuchadas y además se puede utilizar el enfoque de justicia restaurativa como movimiento social para dar la oportunidad a la sociedad de liderar el cambio del sistema generando una sociedad pacífica y empoderada.

²⁹⁶ En el informe que ya hemos mencionado de 2004, el Secretario General de las Naciones Unidas se preguntaba por el fundamento normativo de la labor de fomento del Estado de derecho, a través de la justicia transicional dentro de la cual situaba como una acción principal “la tarea de ayudar a sociedades desgarradas por la guerra a restablecer el Estado de derecho y superar abusos pasados cometidos a gran escala” (párrafo 3).

²⁹⁷ Gil, Gil, A. (2009) “*La justicia de transición en España. De la amnistía a la memoria histórica*”. Colección justicia penal. Barcelona. Editorial Atelier, pp. 160 y ss.

²⁹⁸ Teitel, R. G. (2003) “*Transitional Justice Genealogy*”, Harvard Human Rights Journal, (16), pp. 69 ss.

B) Justicia terapéutica.

En el contexto internacional, el concepto de justicia terapéutica²⁹⁹ no es nuevo, en 1987 los profesores en derecho, David B. Wexler y Bruce Winick³⁰⁰, lo definieron como el estudio del papel y del impacto de la ley en el espectro emocional y en el bienestar psicológico de las personas. Siguiendo a este mismo autor³⁰¹, “la justicia terapéutica es una perspectiva que considera la ley como una fuerza social que produce comportamientos y consecuencias. A veces, estas consecuencias caen dentro del área que denominamos “terapéutica”; en otras oportunidades, se producen consecuencias anti terapéuticas.

Esta justicia por tanto, se proyecta como un acercamiento a la ley, que intenta reformar el derecho y los procesos legales de manera que puedan mejorar el funcionamiento psicológico y el bienestar emocional de los afectados³⁰².

En consecuencia, promueve un enfoque multidisciplinar para que se logren realmente cambios de conductas en todas las personas que intervienen en los tribunales siendo así un sistema de justicia más efectivo para las personas que deben acceder a él pero también para toda la sociedad en general. Dentro de este enfoque multidisciplinar entrarían la psicología, la criminología y el trabajo social³⁰³.

Por todo esto, la justicia terapéutica y restaurativa tendrían raíces y aspectos comunes pues ambas buscan cómo superar el problema de los infractores que niegan el dolor de sus víctimas, tanto para ayudarlos a entender el impacto de sus acciones como para prevenir una mayor victimización³⁰⁴.

²⁹⁹ Wexler, D.B. (2013) “*Getting and Giving: What Therapeutic Jurisprudence can Get from and Give to Positive Criminology*”. Phoenix Law Review, 6, 907-915. Recuperado de: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2220509

³⁰⁰ Además de establecer el concepto en 1987, estos autores han venido estableciendo las características y aspectos claves de esta justicia terapéutica, así cabe destacar; Wexler, D. B y Winick, B. J. (1991) “*Therapeutic Jurisprudence as a New Approach to Mental Health Law Policy Analysis and Research*”, 45 U. Miami L. Rev. Pp. 979 y ss.

³⁰¹ Wexler, D. B. (1997) “*How The Law Can Use What Works: A Therapeutic Jurisprudence Look at Recent Research in Rehabilitation*”, 15 Behav. Sci. & L, pp.365- 367.

³⁰² Winick, B. y Wexler, D. B. (2003) “*Judging in a therapeutic key: Therapeutic jurisprudence and the court*”, ed. Carolina Academic Pr, pp.80 y ss.

³⁰³ Kaiser, K. A. y Holtfreter, K. (2016) “*An integrated theory of specialized court programs: Using procedural justice and therapeutic jurisprudence to promote offender compliance and rehabilitation*”. Criminal Justice and Behavior, 43(1), pp. 45–62.

³⁰⁴ Wexler, D.B. (1997) “*Therapeutic Jurisprudence in a Comparative Law Context*”, Behavioral Sciences and The Law, Vol.15 pp.233-246.

La justicia terapéutica³⁰⁵ no pretende que las metas terapéuticas deben derribar otras. Es simplemente una forma de ver la ley de una manera más enriquecedora y así traer a la discusión aspectos que no han sido considerados anteriormente.

Si bien los inicios de la justicia terapéutica se ubican en Estados Unidos, en la actualidad se cuenta con experiencias y prácticas muy valiosas especialmente en Canadá y Australia, aunque con un crecimiento importante en otros países.

Los ámbitos más explorados de intervención mediante justicia terapéutica son los correspondientes a los denominados en el ámbito anglosajón “tribunales especiales de resolución de problemas”³⁰⁶, entre los que se encuentran los tribunales para el tratamiento de las adicciones y los dirigidos a salud mental³⁰⁷. En el caso de las víctimas es un camino menos explorado, pero entendemos que se profundizaría cómo apoyar en la superación de delitos traumáticos como las agresiones sexuales, proporcionándola todas las herramientas terapéuticas para procurar su salud psicológica. Aunque muchos no están conformes creemos que las diferencias entre la justicia restaurativa y la terapéutica son muy escasas; un buen proceso restaurativo debiera tener en cuenta la salud física y emocional de las personas, permitiendo que se puedan desprender de su rol de víctima e infractor. Esto haría que la justicia restaurativa tuviera un efecto terapéutico o para otros, transformador en las personas que resultaron afectadas por el delito.

Y para corroborar esta afirmación podemos referirnos a Wexler quien comenta que:” mucho de lo que los actores legales hacen, influye en el bienestar psicológico y el espectro emocional de las personas afectadas por la ley. Con esto nos referimos por ejemplo, a los asuntos tales como el diálogo que los jueces tienen con los imputados o que los abogados tienen con los clientes.”³⁰⁸

³⁰⁵ De la Cuesta, J.L. y Subijana, I. J. (dirs.) (2017) “*Justicia Restaurativa y Terapéutica. Hacia innovadores modelos de justicia*”, Tirant lo Blanch, Valencia, pp.202-223.

³⁰⁶ En referencia a estos tribunales para la resolución de problemas, la página <https://pscourts.nmcourts.gov/que-son-los-tribunales-para-la-resolucion-de-problemas.aspx> de los Tribunales del estado de Nuevo México, nos explican un poco más en qué consisten y que muchos están relacionados con el consumo de drogas, y cómo enfoca la pena destinada precisamente para la rehabilitación de los ofensores y que puedan superar sus adicciones, está sería la esencia de esta justicia terapéutica.

³⁰⁷ Rottman, D. y Casey, P. (1999) “*Therapeutic jurisprudence and the emergence of problem-solving courts*”. National Institute of Justice Journal, 240, pp12-19.

³⁰⁸ Este mismo sentido destaca Silver, M. A. (1999) “*LoveHate, and Other Emotional Interference in the Lawyer/Client Relationship*”, 6 Clinical L. Rev. 259, pp. 293-94 quién habla de los daños que pueden crear por si mismos los procesos ante los tribunales y el contacto con los profesionales.

Además no hay nada más terapéutico que promocionar las prácticas restaurativas incardinadas dentro y fuera del proceso penal para proporcionar este bienestar emocional o psicológico del que hablaba Wexler.

Por tanto, en cierto modo tanto justicia restaurativa como terapéutica, vendrían a ser un soporte para gestionar el aspecto emocional del delito en un sentido amplio, y no solo limitado al aspecto legal, donde principalmente se busca ver si el delito sucedió o no y quién ha sido el culpable. En todo caso, consideramos que esta justicia se acerca más al que causa el daño, acude al por qué, intentando neutralizar los factores determinantes para evitar que se vuelva a cometer el delito, un ejemplo son los tribunales de adicción.

A pesar de esta afirmación otros autores consideran que esta justicia no solo aborda necesidades del ofensor y de esta manera viene a establecer que se busque generar reformas para reducir la reincidencia y de paso conseguir reducir la victimización procurando el bienestar psicosocial de todos los afectados por el delito, incluida la víctima.³⁰⁹

En nuestra opinión, un buen proceso restaurativo debería tener como objetivo también analizar el por qué del delito; por tanto, a nuestro parecer debiera tener también un cierto enfoque terapéutico.

Además la justicia terapéutica tendría relación estrecha con la reinserción de las personas ofensoras y con los programas ya sea dentro o fuera de prisión de carácter terapéutico y restaurativo considerando que podrían tener mejor incidencia en su recuperación o reinserción.³¹⁰

Tendría sentido entender a este respecto que los programas individuales de justicia restaurativa que veremos más adelante y que trabajan solo con un grupo de afectados por el delito; esto es solo con víctimas, o solo con ofensores o con comunidad, tienen este enfoque terapéutico como medida para ayudar a las personas a recuperarse de las consecuencias del daño sufrido o causado.

³⁰⁹ Guardiola Lago, M.J y Tamarit Sumalla, JM. (2009) “*La justicia restaurativa y los paradigmas alternativos de justicia*”. Universidad Oberta de Cataluña recuperado de http://openaccess.uoc.edu/webapps/o2/bitstream/10609/75606/1/Resoluci%C3%B3n%20alternativa%20de%20conflictos%20y%20justicia%20restaurativa_M%C3%B3dulo%202_La%20justicia%20restaurativa%20y%20los%20paradigmas%20alternativos%20de%20justicia.pdf.

³¹⁰ A este respecto, propondremos como una de las conclusiones, un programa de justicia restaurativa para penados con ciertos matices terapéuticos y con el objeto de lograr la mejor reinserción de los internos. Pero también podría ser perfectamente posible programas restaurativos para trabajar solo con víctimas de delitos.

10. Conclusiones.

A lo largo de la primera parte de este capítulo dedicado a la justicia restaurativa hemos podido comprobar su origen multidisciplinar.

Hemos analizado algunas de las teorías más comentadas y utilizadas para entender el paradigma restaurativo y para la adecuada formación de los facilitadores de estos procesos restaurativos.

Además lo hemos completado con las herramientas más conocidas para aplicar la justicia restaurativa y con el fin de ilustrar y reforzar el carácter práctico de esta investigación hemos añadido los protocolos prácticos usados para realizar las metodologías restaurativas más comunes como las conferencias (también llamadas reuniones restaurativas) y los círculos. Los principios y objetivos que hemos reflejado denotan que la justicia restaurativa y la tradicional, para algunos retributiva, no son tan diferentes, lo que alberga y deja en el aire una primera conclusión importante acerca de esta investigación y es la posibilidad de combinar ambas justicias para mejorar y reforzar la justicia penal y penitenciaria, supliendo las posibles carencias y limitaciones.

De esta manera, también hemos analizado como la justicia está en constante evolución y surgen otras formas de abordar la reparación de los daños, que hacen aparecer otras instituciones como la justicia transicional y terapéutica que tienen raíces comunes con la restaurativa.

Para concluir, en la línea de lo comentado, podemos pensar que se podría realizar una mejora de los sistemas penales y penitenciarios con el enfoque restaurativo como marco ideal, para ellos veremos que ya existen iniciativas internacionales, europeas e internas al respecto y sobre todo una voluntad de que este enfoque guie las futuras reformas. La única salvedad que se puede tener y que veremos será la confusión de justicia restaurativa con otras instituciones afines pero que tienen usos y enfoques diferentes.

SEGUNDA PARTE: Justicia, derecho penal y algunas escuelas fundamentales para poder enmarcar la justicia restaurativa.

1. Introducción.

En esta segunda parte, se analizará la relación entre justicia y derecho penal y penitenciario, buscando las escuelas penales que tienen mucho que ver con los postulados y espíritu de la justicia restaurativa. Asimismo analizaremos las que más radicalmente se oponen a ella para poder dilucidar la importancia y eficacia real de esta justicia y sus posibles carencias o críticas a su potencial. Comenzaremos la idea de justicia y si tiene correlación con derecho. En la introducción a esta investigación ya se hizo un primer acercamiento a qué es justicia, pero más relacionado con el origen de la justicia restaurativa; en este momento vamos intentar dilucidar qué es justicia, su relación con el derecho y algunas escuelas doctrinales para poder concluir que realmente la justicia restaurativa no es algo nuevo ni en el derecho, ni en las discusiones doctrinales, aun cuando no se la denominaba de esta manera sino que se la definía por sus características, principios o contenidos fundamentales como el principio de humanidad que ya hemos analizado.

Ulpiano definió justicia “como la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno lo que le corresponde”³¹¹, aunque puede resultar una definición congruente con las características esenciales del derecho, es necesario entender que el derecho penal, tiene un proceso pre establecido y se ha desarrollado una serie de garantías por otro lado esenciales para garantizar su debida aplicación, como el principio de legalidad que bajo la fórmula de “*nullum crimen, nulla poena sine lege*” tiene la pretensión de uniformizar la aplicación del derecho para evitar conculcar el principio de igualdad ante la ley³¹².

Se dificulta mucho en el derecho penal, la individualización del caso concreto aunque es cierto que existen mecanismos como la modulación de la pena a través de las circunstancias modificativas de la responsabilidad.

³¹¹ El autor analiza los juristas más importantes de la época entre los que destaca el propio Ulpiano Paricio, J. (1999) “*Los juristas y el poder político en la antigua Roma*”. Granada: editorial Comares, S.L, pp.50 y ss

³¹² Además trata este principio de legalidad de dotar de seguridad jurídica a los ciudadanos y evitar cualquier abuso de poder frente a estos.

El derecho penitenciario³¹³ también habla del principio de individualización científica como eje del tratamiento penitenciario aunque en ocasiones resulta difícil su aplicación práctica.

Por tanto, podríamos entender que tanto el derecho penal como el penitenciario trata de dar esta respuesta individualizada, y la justicia restaurativa hace lo propio, los primeros gestionan el aspecto legal del delito y esta justicia el aspecto emocional. Para ello la justicia restaurativa tiene en cuenta variables como la asunción de responsabilidad del ofensor y la reparación del daño a la víctima de acuerdo con sus verdaderas necesidades.

Consideramos interesante también la visión de Platón³¹⁴, para quien todas las virtudes se basan en la justicia; y la justicia se basa en la idea del bien, el cual es la armonía del mundo. (“La República”). Para Platón, la justicia es una virtud humana y tiene un carácter unificador ya que puede considerarse la capacidad de que distintas partes en coexistencia pero consideradas individualmente realicen su tarea propia; y esta capacidad o virtud es la armonía o que cada parte realice su tarea propia en conjunción con las demás³¹⁵.

Parece que Platón da importancia a las relaciones entre los distintos miembros de la comunidad, y parte de la idea de que lo que se realiza en provecho propio debe entrar en armonía con lo que hacen los demás para mantener el equilibrio. Esta idea de la importancia de la interrelación es esencial para la justicia restaurativa, pues para esta el delito daña las relaciones de los miembros de la comunidad como ya hemos visto y se debe realizar las actividades necesarias para recomponer esta relación. Esta visión un tanto idealista no es extraña al derecho penal y penitenciario puesto que su misión es la protección de los bienes jurídicos esenciales para los miembros de la comunidad, y así poder vivir de forma pacífica. Más allá de las discusiones doctrinales sobre los fines del derecho, el derecho penal y penitenciario también tiene como función recomponer y facilitar las relaciones de los ciudadanos, desterrando las que dañan a los seres humanos y que irían en contra de la virtud como afirmaba Platón, por tanto trata también de generar armonía en la convivencia.

³¹³ En este sentido el artículo 72.1 de la Ley orgánica general penitenciaria (LOGP) dice que "las penas privativas de libertad se ejecutarán según el sistema de individualización científica."

³¹⁴ Platón (2018) "La República". Clásicos selección. Edición 1. Edimat libros, pp.52 ss.

³¹⁵ Coble Sarro, D. (2014) "El conocimiento de la idea de justicia en Platón". Eikasía. Revista de filosofía recuperado de <https://www.revistadefilosofia.org/58-15.pdf>.

San Agustín ³¹⁶siguió la misma línea que Platón, pero trató de compaginarlo con la noción bíblica de justicia: pensó que la armonía personal o rectitud moral dependía de la sumisión del hombre a Dios, lo que hace es recoger y desarrollar el concepto bíblico de justicia, donde el hombre justo es aquél que identifica su querer con el de Dios.

De esta manera decía San Agustín, cuanto más se acercan a Dios, más se acercan los unos a los otros (cf. *De Civitate Dei*, L XIX, 4, 4). Se trata de una concepción totalmente religiosa pero nos interesa que su visión como hemos dicho, igual que la de Platón tiene que ver con la importancia de la relación entre los distintos miembros de la sociedad. Los lazos sociales igual que hemos analizado con la justicia restaurativa son importantes para la visión de la justicia a los ojos de estos autores, lo cual no difiere en exceso de la función del derecho penal de regular la convivencia de los ciudadanos para evitar que se rompa el equilibrio y en caso de que suceda, establecer qué mecanismos se deben imponer para garantizar que vuelva la armonía a la sociedad.

En la *Summa Theologiae*, se define a la justicia como “el hábito por el cual el hombre le da a cada uno lo que le es propio mediante una voluntad constante y perpetua”. (*Santo Tomás le dedica a la justicia desde la II-II, q.57 hasta la 61*). Esta fórmula es casi igual a la de Aristóteles: «La justicia es el hábito según el cual se dice que uno es operativo en la elección de lo justo». (Cf. *Ética a Nicómaco*, V, 9).

Es decir, para esta justicia habría que tener en cuenta cada caso concreto y actuar en consonancia. Santo Tomás de Aquino; clasifica a la justicia “como una de las cuatro virtudes cardinales, junto con la templanza, la prudencia y la fortaleza; y distingue el sentido general y particular de la justicia”.

“La justicia en un sentido general, es la virtud por la cual una persona dirige sus acciones hacia el bien común. Cada virtud, explica Santo Tomás, “dirige su acto hacia el mismo fin de esa virtud”. La justicia es “distinta de cada una de las otras virtudes porque dirige todas las virtudes del bien común”. (*Summa Theologiae II-II, q.58, a.1*).

Santo Tomás sigue incidiendo en que “La justicia sobresale en primer lugar entre todas las virtudes porque apunta a la rectitud de la voluntad por su propio bien en nuestras interacciones con los demás.

³¹⁶ Poole Derqui, D. *Lección 5 la justicia recuperada* de https://laicismo.org/data/docs/archivo_1214.pdf

Todas las demás virtudes funcionan o bien internamente, es decir, cuando son dirigidas hacia el bien del individuo actuante como un acto de auto perfección como, por ejemplo, la prudencia y la fortaleza; o, como en el caso de la valentía, pueden dirigirse hacia los demás sólo en circunstancias especiales y extraordinarias, como en la guerra o en casos donde el peligro atípico esté presente”. (Summa Theologiae II-II, q.58, a.1).

La definición clásica de justicia desarrollada por Santo Tomás es dar a cada uno lo suyo, se pone en relación con los otros miembros de la comunidad y tiene mucha relación con los autores anteriormente mencionados.

A partir de Ockham, se produce un cambio en la conceptualización del derecho y de la justicia. El derecho ya no se concebirá como un objeto externo a la persona, sino como un atributo de la propia personalidad, una cualidad del sujeto. La justicia, como correlato del derecho, no será ya la virtud de dar el derecho, sino el conjunto de condiciones que garantizan el poder legítimo de cada individuo. De este modo, a partir del SXIV aunque se sigue entendiendo justicia en relación con los demás miembros de la comunidad, cambia el matiz, así la justicia ya no se refiere tanto al *ius suum*, al bien de otro, como al *ius meum*, a mi derecho, o mejor dicho, a mi pretensión, que los demás han de respetar y satisfacer. La justicia ya no va desde mí hacia los demás, sino desde los otros hacia mí. Ya no se trataría de una cualidad personal sino de un principio necesario para organizar la convivencia y el reparto de los bienes. Aun siendo diferente el matiz podemos decir que sigue teniendo mucho que ver con los postulados de la justicia restaurativa, haciendo que esta sea más realista en cuanto a sus pretensiones de ayudar a las personas dañadas a sentirse reparadas y atendidas en sus necesidades, y de dar un mensaje claro a la persona ofensora de que debe reparar el daño y asumirlo si quiere volver a la sociedad. Esta visión de la justicia restaurativa a la luz de los nuevos postulados de la justicia sigue siendo complementaria a la función del derecho penal y penitenciario pues nada impide que se puedan conjugar ambas, derecho penal y justicia restaurativa, para dotar al ciudadano de las mejores garantías en la protección de sus derechos frente a los de los demás como dirían los utilitaristas. Hobbes va un poco más allá y relaciona totalmente justicia con ley; para este autor “las leyes son normas sobre lo justo y lo injusto, no pudiendo ser reputado injusto lo que no sea contrario a ninguna ley» (Leviatán, XXVI, §4). Para este autor la justicia depende totalmente del cumplimiento de la ley.³¹⁷

³¹⁷ Hobbes, T. (2018) “*Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*”. Traductor: Antonio Escotado. Editorial Deusto, pp.300 y ss.

Consideramos que la idea de justicia de Hobbes tiene poco que ver con la justicia restaurativa (por cuanto es demasiado estricta y no deja espacio para aspectos esenciales para esta como el por qué del delito, asunción de responsabilidad....) e incluso tampoco tiene mucho que ver con el derecho penal y penitenciario, no podemos relacionar justicia con ley, ya que en ocasiones no todas las conductas que vulneran el equilibrio en la convivencia están reguladas, en ocasiones el derecho penal va por detrás y por tanto no por no existir ley no debería hacerse justicia regulando nuevas tipologías delictivas y en otros casos hay tipologías consideradas arcaicas y que no son justas aun estando en la ley y deben desaparecer (por ejemplo, el adulterio³¹⁸ estaba castigado como delito en nuestro código penal). Para Kant, la justicia, más que una cualidad personal, es un ideal colectivo: la convivencia pacífica entre personas libres, un criterio de carácter muy subjetivo que fue objeto de críticas. En contradicción con los postulados de Kant, ya entrado el siglo XX, Kelsen consideró que la justicia es algo relativo. Este autor en su ensayo *¿Qué es justicia?*³¹⁹, luego de sostener que la justicia es una cualidad posible pero no necesaria de un orden social que regula las relaciones mutuas entre los hombres, identifica justicia con felicidad social, e indica que justo, por tanto, es el orden social que regula la conducta de los hombres de modo satisfactorio para todos, es decir, en el que todos los hombres encuentran en él la felicidad”. Justicia es así felicidad social garantizada por un orden social, una meta que al autor parece imposible, puesto que lo común es que la felicidad individual de las personas se encuentre en contradicción con la de otros individuos que aspiran a bienes que no pueden compartirse porque son únicos³²⁰.

Consideramos que aunque Kelsen pensaba en la justicia como una meta imposible en su concepción como felicidad social no parece descabellado entender que podrían cumplirse de una manera más satisfactoria a través de la unión del derecho penal y penitenciario a la justicia restaurativa y gestionando de esta forma los inconvenientes que interrumpen la paz social como los delitos de una manera más eficaz conjugando a legalidad y las garantías propias de un estado social y democrático del derecho con el principio de humanidad y las nuevas teorías que tratan de avanzar hacia una justicia más idílica como la restaurativa, terapéutica y transicional.

³¹⁸ En el año 1978 se derogaron los artículos 449 y 452 del Código Penal relativos al adulterio y al amancebamiento (lo que hoy conocemos como parejas de hecho). Hasta entonces, se castigaban con penas de seis meses y un día hasta seis años de cárcel.

³¹⁹ Kelsen, H. (1991) *¿Qué es justicia?*, edición de Albert Calsamiglia. Barcelona. Ariel.

³²⁰ Referencia a Kelsen contenido en el ensayo de Squella, A. (2010) *Algunas concepciones de justicia*. Anales de la Cátedra Francisco Suárez, 44 pp. 175-216.

A finales del siglo XX, la prevalencia de la idea de justicia de Kelsen fue cediendo el puesto a la teoría de la justicia de Rawls³²¹, quien centró su definición en la idea de imparcialidad en la gestión de la vida social (Justice as Fairness).

Rawls³²² definía justicia como equidad, que consiste básicamente en el principio de igual libertad, el principio de justa igualdad de oportunidades y el principio de diferencia.

Esto implica que la justicia trataría de dar respuesta al conflicto teniendo en cuenta la igualdad ante iguales y la equidad para resolver de acuerdo con las necesidades de cada uno. Sería justa para este autor toda intervención estatal que siga un proceso justo, cualquiera que sea su resultado último; y sólo podrá ser justo el proceso en el que, en cada paso, intervenga la voluntad de todos. Rawls entendía la importancia de la participación de todos para que el resultado fuera justo, esto puede tener mucho que ver con la justicia restaurativa que parte de postulados similares como el empoderamiento del ciudadano a través de la participación más activa y relevante de los directamente afectados por el delito. Las críticas que se hacían a Rawls por confiar ciegamente en el diálogo racional como criterio último para la resolución de los conflictos podría realizarse por los más escépticos sobre la justicia restaurativa a esta última, por esto consideramos que la combinación de derecho penal y penitenciario con esta justicia puede generar una diversificación de posibilidades y oportunidades a los dañados por el delito que los ofrezcan soluciones más adecuadas a sus necesidades, sin perder los derechos y garantías propios de los estados sociales y democráticos de derecho y del derecho penal y penitenciario.

Una vez analizadas algunas consideraciones acerca de lo que es justicia la pregunta que podríamos hacernos es si existe concordancia entre justicia y ajustado a derecho o de acuerdo con las leyes. Como hemos visto han existido determinadas conductas calificadas como contrarias a las leyes y que no eran justas como el adulterio que se fueron despenalizando, esto nos viene a indicar que no todo lo que está en la ley y es considerado contrario a derecho es justo, como mero ejemplo ser homosexual todavía es castigado en algunos lugares del mundo³²³, lo cual nos viene a indicar que no necesariamente derecho y justicia van unidos.

³²¹ Rawls, J. (1970) “*Teoría de la justicia*”, Fondo de Cultura Económica, México, traducción de María Dolores González; pp.38 y ss.

³²² Rawls, J. (1986) “*Justicia como equidad. Materiales para una teoría de la justicia*”, Madrid, Tecnos traducción de Miguel Ángel Rodilla; pp.41 y ss.

³²³ Según el informe, “Homofobia de Estado 2019” de la Asociación Internacional de Gais, Lesbianas, Bisexuales, Transexuales e Intersexuales, seis países lo castigan con la pena capital: Arabia Saudí, Irán, Yemen, Sudán, 12 Estados que conforman Nigeria y parte de Somalia. Además, un gay puede ser

Asimismo podemos hablar de lo que Arendt³²⁴ acuñó como la banalidad del mal así según esta teoría un sistema de poder político puede trivializar el exterminio de seres humanos cuando se realiza como un procedimiento burocrático ejecutado por funcionarios incapaces de pensar en las consecuencias éticas y morales de sus actos. Referida a las leyes de la época nazi esta autora hablaba de cómo personas teóricamente no malvadas pueden cometer actos terribles simplemente porque siguen órdenes. Esto sería un ejemplo de cómo la justicia y el derecho en ocasiones no van parejos.

Teniendo en mente los beneficios de la justicia restaurativa, que ya hemos analizado podríamos afirmar que se lograría adecuar la idea de hacer justicia con el derecho penal y penitenciario, si pudiéramos conjugar o al menos dotar de cierto enfoque restaurativo tanto al proceso en sí mismo, como a la forma de actuar los operadores jurídicos y dando la posibilidad de que los facilitadores realicen procesos o programas restaurativos.

Una vez analizada la idea de justicia vamos a ver cómo podemos configurar la idea de derecho y más concretamente derecho penal, Beristain³²⁵ da una definición de derecho penal en la que como vemos incluye a la víctima, como parte imputada dentro del derecho penal, hasta entonces solo preocupado por el infractor y mantener la paz social. Así para él, el derecho penal objetivo es más que un conjunto de normas, y lo pone en relación con los afectados por el delito y el objetivo central que no es otro que la reparación del daño a la víctima y la reintegración del infractor³²⁶. Todo esto tiene mucho que ver con los objetivos que ya hemos visto de la justicia restaurativa.

condenado a muerte en Mauritania, Emiratos Árabes Unidos, Catar, Pakistán y Afganistán. El informe mencionado, resalta que aunque Irak ha desaparecido de la lista “por la eliminación del Estado Islámico, queda como un país que criminaliza de facto debido a que persigue a los homosexuales utilizando leyes de escándalo público, prostitución y otras”. En otros 26 la condena máxima por estos actos varía entre 10 años de prisión y cadena perpetua. En 31 se castiga con hasta ocho años. En resumen, en uno de cada tres países (35%) es peligroso mostrarse como miembro de la comunidad LGTBI. En 68 naciones, señala el estudio, “hay leyes que explícitamente prohíben los actos sexuales consensuados entre personas del mismo sexo y dos más los criminalizan de facto. Además, jurisdicciones que no pertenecen a estados miembros de la ONU también castigan estas conductas, como Gaza, las Islas Cook y ciertas provincias de Indonesia”. Recuperado de https://elpais.com/sociedad/2019/03/19/actualidad/1553026147_774690.html última consulta 16 noviembre de 2020.

³²⁴ Arendt, H. (1979) “*Eichmann en Jerusalén. Un estudio sobre la banalidad del mal*”. Barcelona: Lumen.

³²⁵ Beristain, A. (1998) “*De los delitos y las penas desde el País Vasco*”. Madrid. Editorial S.L. -Dykinson. pp.210 y ss.

³²⁶ Beristain, A. (1974) “*Medidas penales en Derecho contemporáneo. Teoría, legislación positiva y realización práctica*”. Prólogo de Marino Barbero Santos, Madrid, Reus, p. 82 s.

Este autor, Beristain (1998), por tanto, define el derecho penal como “ *la ciencia que estudia el sistema de normas jurídicas reguladoras del poder (ius puniendi nacional e Internacional) que determinan las penas debidas a las acciones delictivas, las medidas de corrección y seguridad aplicables a los delincuentes y algunas indemnizaciones correspondientes a las víctimas; pretende el restablecimiento —desarrollo— del orden jurídico, la defensa de la sociedad y la repersonalización de los autores de aquellas acciones; en una palabra, la realización de algunos derechos humanos más violados*”.

En consonancia con esto, nuestra Constitución dice que somos un estado social y democrático de derecho, art. 1º de la Constitución española³²⁷, y por esto, este ius puniendi tiene que estar sujeto al límite del principio de legalidad, y otros como los de intervención mínima y respeto a la dignidad humana, estos dos últimos principios son congruentes con algunos de los postulados de la justicia restaurativa, como la necesidad de acudir al derecho penal, solo cuando no haya otras formas más eficaces de resolver el delito o la imperante necesidad de respetar a todos los seres humanos, incluidos los infractores, a los que según la justicia restaurativa, se les dará una oportunidad de hacer lo correcto y despojarse del rol de infractor, sin posibilidad de reinserción.

De algunas de las teorías que justifican el ius puniendi del estado, nos ocuparemos posteriormente, ahora nos interesa el derecho penal en sentido objetivo.

Si partimos que son un conjunto de normas, que asocian al crimen como hecho la pena como consecuencia, lo que estamos haciendo es uniformizar la respuesta ante acciones dañosas, consideradas delito. No estamos aplicando el ideal de justicia de Santo Tomas o de los clásicos, para los cuales la justicia implicaba dar a cada cual lo que se merece.

Estamos despojando los actos de los seres humanos, de emociones y de la posibilidad que tienen y que debe ofrecerles el estado, de hacer lo correcto, responsabilizándose de sus acciones y queriendo compensar el daño ocasionado. Sin duda, si la persona que cometió el delito hace este acto de responsabilización, merece ser tratado de acuerdo con su comportamiento, y, por tanto, no sería adecuado generalizar la respuesta como propugna el derecho penal. Esto puede darnos más seguridad, pero sin duda, no gestiona el delito y sus consecuencias de una forma más eficaz.

³²⁷ Artículo 1 de la Constitución Española: “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político...”

Pero además no debemos olvidar que el derecho penal per se tiene unos mecanismos para modular la responsabilidad y garantizar todos los derechos de las personas que tienen que acudir al sistema penal de justicia entre estos podemos hablar del principio de culpabilidad, las circunstancias modificativas de libertad y algunas otras instituciones que tienen en cuenta ciertos aspectos del delito y de las personas que lo cometieron, sin embargo, con esta investigación estamos tratando de poner como relevante la necesidad de un enfoque restaurativo en todo el proceso penal y penitenciario como fórmula para mejorar la gestión del delito o más bien sus consecuencias. Por eso, la primera conclusión que podríamos dejar en el aire sería que la justicia restaurativa está más en consonancia con el ideal de justicia y no sería del todo incompatible con la posibilidad de dotar al derecho penal y penitenciario de este enfoque restaurativo, que, sin perder su carácter normativo, pueda introducir variables³²⁸ que tengan en cuenta los comportamientos de las personas, que se ven afectadas por el delito y sobre todo gestione el futuro tras el delito. A continuación, vamos a analizar cuáles son los fines³²⁹ que se persiguen con la imposición de la pena, teniendo en cuenta algunas de las principales teorías doctrinales; esto nos servirá para valorar si tienen fundamento para avalar la implementación de la justicia restaurativa en el derecho penal y penitenciario o, por el contrario, son radicalmente opuestas a la aplicación de esta forma de ver y valorar la justicia.

2. Funcionalismo.

Para analizar las principales escuelas doctrinales que nos pueden servir para corroborar o no la importancia de la justicia restaurativa en orden a procurar una mejor atención a los beneficiarios del sistema de justicia podemos comenzar analizando la importancia y las características del derecho penal. En este sentido, el derecho penal sería un conjunto de enunciados para ejercer el control de la comunidad mediante la imposición de una pena a las conductas que teóricamente sean contrarias a los bienes jurídicos que el legislador considera dignos de protección. Este enfoque se puede entender haciendo un especial énfasis en los elementos que lo componen o en su interconexión y funcionamiento para producir el resultado anhelado.

³²⁸ Cabe destacar que nuestro código penal, contempla ya circunstancias que dependiendo el caso concreto pueden modificar la responsabilidad agravándola o atenuándola, son Las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal y aparecen enunciadas en los artículos 21 CP (atenuantes), art. 22 CP (agravantes) y art. 23 CP (circunstancia mixta de parentesco).

³²⁹ Muñoz Conde, F. (2002) " *Los fines de la pena*", en el I Congreso Europeo de Derecho penitenciario, X Jornadas Penitenciarias de Andalucía. (Jaén 2000). Tomo II Jaén, Soproarga S. A.

El funcionalismo es una corriente metodológica que se desarrolla básicamente en la segunda mitad del siglo XX (R. K. Merton, T. Parsons³³⁰...) y que se extiende por los ámbitos de la antropología, la sociología, la psicología, y que por supuesto, llegó al derecho.

El funcionalismo encuentra un precedente remoto en el s- XIX y su raíz, más próxima e inmediata, en el pensamiento sociológico de E. Durkheim (*Las reglas del método sociológico*, 1895). El abordaje de los problemas a través de las relaciones entre los elementos básicos que lo componen sería la principal característica del funcionalismo. Silva Sánchez entiende que los funcionalistas intentan construir categorías del sistema a partir de los fines del derecho penal. En este sentido, el funcionalismo no sería algo novedoso sino que equivaldría a orientación a fines y se opondría en concreto a la concepción de Welzel y su escuela.³³¹

Algunos autores como Schünemann³³² sitúan el funcionalismo y su origen en el pensamiento de la ilustración, al reconstruir el derecho penal como medio para evitar los daños sociales. Sea como fuere el origen remoto del funcionalismo consideramos interesante analizar tanto la corriente moderada como la más radical de Jakobs, para así observar las amplias diferencias entre ambos y como una parte servirá para apoyar los postulados de esta investigación y la otra más radical, entraría en contraposición a estas afirmaciones que venimos sosteniendo.

A) Funcionalismo moderado de Claus Roxin.

Roxin publica en 1970 su monografía “Política Criminal y sistema del Derecho Penal” y con ella comienza una orientación dogmática que pretendía, por un lado la superación de las polémicas entre causalistas y finalistas y, por otro lado, intentó superar las diferencias evidentes entre la dogmática y realidad que hasta aquel entonces se encontraban ubicadas en planos distintos e incommunicados.

³³⁰ Parsons, T. (1976) “*El sistema social*”. Revista de Occidente, S.A. Madrid, pp, 400 y ss

³³¹ En este sentido, Silva Sánchez, JM (1991) “*Introducción a B. Schunemann (comp), El sistema moderno de derecho penal: cuestiones fundamentales*”. Estudios en honor de Claus Roxin en su 50º aniversario Madrid, pp. 19ss. Según este autor las diferencias entre Roxin y Jakobs no reside, tanto en el método, en todo caso funcional, como en las concretas premisas político-criminales que cada uno de ellos toma como referencia: así el primero considerado moderado, se caracteriza por una consideración más global de estas finalidades político-criminales que no se reducen a los fines de la pena, y el segundo en cambio, radical, vincula de forma categórica la función preventivo general positiva de la pena.

³³² Schunemann, B. (1996) “*Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico penal alemana*”, trad. de M. Cancio Meliá, ADPCP, pp. 205 y ss.

Para Roxin³³³, el sistema del derecho penal es conceptualizado ahora como un sistema abierto a las valoraciones de la política criminal en un intento de dar soluciones coherentes a los problemas de la realidad práctica. Es decir, en principio mantiene el sistema tripartito en la teoría del delito (división entre tipicidad, antijuricidad y culpabilidad) en la línea de Von Liszt. Pero a partir de aquí hace una revisión completa de la estructura del delito, incluyendo criterios de política criminal en todas las categorías. Parte de las premisas de seguridad y fiabilidad en la aplicación del derecho penal y reducción de la intervención penal hasta los límites estrictamente necesarios por fines de prevención. Estas apreciaciones nos llevan a intuir de un primerísimo análisis del pensamiento de Roxin que sus postulados moderados según la doctrina tienen que ver con aspectos relevantes y fundamentales para la justicia restaurativa como la reducción de la intervención penal solo en lo necesario especialmente en delitos más leves y en especial en la justicia juvenil. Por supuesto, esto no es otra cosa que el principio de intervención mínima del derecho penal una idea previa a la justicia restaurativa pero que también comparte ésta, y nos daría la oportunidad de ver cómo los postulados de este autor podrían ser coherentes con esta justicia.

Claus Roxin, entiende que a través del uso de la llamada política criminal o criminológica, la misión última del derecho penal es la protección de bienes jurídicos, en todo ámbito dentro de la vida del hombre. Esta sería una diferencia radical con el “funcionalismo sistémico” (Jakobs), que relativiza o niega la importancia del concepto “bien jurídico”. Se le incluyó dentro de la corriente funcionalista porque ve a la pena o castigo, en función de una prevención general del delito, así como prevención especial, que va dirigida al autor del delito para que no reincida; y a la sociedad, en general para que sirva de ejemplo la imposición de un castigo.

Para esta teoría, el momento de imponerse la pena constituye la parte más importante del proceso penal, ya que de ello depende el detener tanto al delito como al delincuente.

El derecho penal tiene como misión proteger los bienes jurídicos, motivar conductas, prevenir en forma general y reafirmar las normas.

³³³ Se trata del llamado derecho penal orientado políticamente o a sus consecuencias. Vid. De La Cuesta Aguado, P. M. (1998): p. 58. Roxin intenta pues un enriquecimiento de la dogmática jurídica penal con las aportaciones que desde la política criminal se pueden hacer a la misma. Roxin presenta una formulación sintética entre el pensamiento deductivo (valoraciones político-criminales) e inductivo (atención a los grupos de casos), y ello a un tiempo, caracterizándose por evitar caer en el normativismo extremo en que habían incurrido los neokantianos —en la medida en que permanece atento a la naturaleza de las cosas—, al mismo tiempo, sin llegar a caer tampoco en la idolatría profesada a las estructuras lógico-objetivas, por parte de los ortodoxos del finalismo.

Partiendo del respeto a estas funciones, la pena no debe estar destinada solo para infligir castigo sino para resocializar al infractor. Desde el punto de vista general-positivo, debe servir para reafirmar la norma que ha sido vulnerada, pero en ocasiones produce un efecto negativo y es que el infractor, en lugar de asumir su responsabilidad, siente que es “víctima” del sistema injusto. Por eso la pena debería cumplir la función retributiva y preventiva pero también la pena debería tener una función reparadora³³⁴, ya sea con la víctima directa del delito o con la sociedad en general.

Y es que la reparación del daño, según Roxin *“tiene efectos resocializadores, ya que obliga al autor a enfrentarse con las consecuencias del hecho y a asumir los intereses legítimos de las víctimas”*.

Es decir, según Roxin³³⁵ *“la reparación no sería una pena, pero cumpliría sus fines y, en especial, la función de prevención-integración (prevención general positiva), es decir, mediante el efecto educativo-social de reafirmación de las normas, y restablecimiento de la paz social.”*

Además, señala que *la reparación estaría legitimada, en tanto cumple con el principio de subsidiariedad de la pena de prisión, la consideración de la víctima y la no desocialización del delincuente*³³⁶.

Roxin, indirectamente, ya hablaba de uno de los objetivos de la justicia restaurativa: la reparación del daño y además según él, también debería ser un fin de la pena, o al menos, debería ser tenido en cuenta como parte esencial del derecho penal. Nos está hablando de la importancia de la reparación del daño para la víctima del delito y de esta forma nos dice que *“es la mejor posibilidad de ayudar a la víctima a obtener rápidamente sus derechos. Por ello no puede sorprender que la marcha triunfal de la idea de la reparación en el derecho penal se haya visto esencialmente promocionada por la teoría de la víctima, por la victimología, que en las últimas décadas ha ascendido hasta convertirse en una ciencia independiente”*³³⁷.

³³⁴ Roxin, C. (1999) *“Pena y reparación. Anuario de derecho penal y ciencias penales”*, Tomo 52, Fasc/Mes 1-3, pp. 5-16.

³³⁵ Roxin, C. (1991) *“La reparación en el sistema jurídico penal de sanciones. Jornadas sobre la reforma del derecho penal en Alemania”*. Ed. cuadernos del consejo general del poder judicial. Madrid, pp. 119 y ss.

³³⁶ Roxin, C. (2006) *“Derecho Penal. Parte General, T1, Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito”*, Madrid. Ed. Thomson Cívitas, pp. 108-110.

³³⁷ Op. Cit., Roxin, pp. 4.

Pero es que además nos indica que sería un caso en el que los intereses de la víctima convergerían con los del autor del delito ya que podría con este acto de reparación conseguir una importante atenuación de la pena o incluso la suspensión. De ahí, que el autor hable de la importancia de la motivación al infractor para que realice este acto de compensación para con la víctima, motivación que para Roxin debiera ser personal y social, y entendemos que la justicia restaurativa por un lado y la labor del facilitador, debidamente formado por otro, podría influir y hacer una labor esencial en esta motivación a la persona ofensora para hacer lo correcto, (como hemos mencionado en las teorías que fundamentan esta justicia) y que para Roxin vendría a consistir en procurar la reparación del daño a la víctima, llegando a un acuerdo con ella al respecto. Asimismo y esto es interesante se plantea beneficios para la administración de justicia al contemplar esta reparación ya que para este autor supondría un ahorro de tiempo y dinero a la hora de practicar pruebas costosas, y se evitaría ir a la jurisdicción civil para reclamar la responsabilidad civil.

Por tanto, también existirían ventajas prácticas evidentes si el derecho penal y penitenciario siguiera o adoptara esta teoría.

Si el funcionalismo detiene su mirada en el delito como violación de un deber que a todos incumbe para hacer posible la convivencia, deber que surge de normas que aseguran expectativas sociales de manera general, y concibe la respuesta penal como réplica a esa expresión de sentido o manifestación de voluntad individual que ha vulnerado la norma vigente, el enfoque restaurativo va más allá todavía.

Se propone reafirmar la vigencia de la norma invitando al mismo ofensor a que voluntariamente realice un acto de asunción de responsabilidad y reparación del daño causado para así recuperar un lugar en la comunidad.

Y además invita a la víctima y al conjunto de la sociedad a sumarse a esta ratificación de la norma y la reconstrucción de la convivencia. Esto pareciera superar las teorías funcionalistas siendo incluso este enfoque restaurativo mucho más funcional.

Aunque no dejamos de ver y entender la esencia de la justicia restaurativa en algunos otros argumentos del autor al entender la reparación del daño como tercera vía, existe uno que merece la pena destacar y sería la importancia que da a la reparación y la reconciliación para la prevención especial. En este sentido afirma: “La obligación de reparar el daño causado y de esforzarse por una reconciliación con la víctima, en cambio, puede influir mucho mejor de manera positiva en la actitud social del autor.

Pues si el autor se tiene que ocupar personalmente del daño producido -tanto si este afecta a valores materiales o si consiste en una lesión corporal-, se verá obligado a enfrentarse interiormente con su comportamiento, lo que puede contribuir a una modificación de su deficiente orientación social”³³⁸. Roxin en este caso, entiende que el punto de inflexión para favorecer la reinserción del infractor puede darse una manera más eficaz a través del acto voluntario de reparar el daño que con el solo castigo propugnado por otras teorías, lo cual beneficiaría como hemos visto no solo a la víctima sino al propio infractor e incluso al sistema de justicia.

Y aunque pudiera parecer que hace depender la reparación del daño al aspecto estrictamente material y supeditado a una víctima directa, entre sus previsiones Roxin habla de la posibilidad de que el autor no tenga medios materiales y pueda sustituir la reparación por aportaciones laborales³³⁹. Así podría aplicarse esta idea de reparación incluso en casos en los que no hubiera habido daños materiales o para eliminar las posibles desigualdades sociales derivadas de la diferencia económica entre una persona infractora y otras. Y además otra de las bondades de Roxin a la luz de los postulados restaurativos es la recomendación de revisar las bases del derecho penal tradicional y procesal, a lo que añadiríamos para los intereses de esta investigación del derecho penitenciario, y así incluir y dar relevancia a aspectos como la reparación y acuerdo de compensación autor-víctima como tercera vía del sistema sancionador.³⁴⁰

Lo deseable para Roxin sería “que la pena pudiera retroceder en la medida en que la reparación y los esfuerzos de reconciliación sean suficientes para la compensación del injusto sobrevenido y para la satisfacción de las necesidades de prevención especial y general del derecho penal”³⁴¹.

Esto para el enfoque restaurativo cobraría sentido en los delitos leves y sería así considerada esta justicia una alternativa evidente y más satisfactoria para los afectados por el delito. También destaca la relevancia que el autor da a este acuerdo de compensación como medio para la solución social de los conflictos, entendemos que para Roxin de esta forma los directamente dañados obtendrían una reparación adecuada a las necesidades reales y no solo una protección jurídica y además promueven el protagonismo de los directamente dañados.

³³⁸ Op. Cit, Roxin, p.6.

³³⁹ Op. Cit, Roxin, p.8.

³⁴⁰ Op. Cit, Roxin, p.9.

³⁴¹ Op. Cit, Roxin, pp.9 y 10.

Por eso, este funcionalismo moderado de Roxin tiene un enfoque restaurativo y como conclusión observamos que por un lado, establece que la reparación revaloriza y tiene en cuenta a la víctima³⁴², y, por otro lado, reconoce que supone una oportunidad del infractor, de no ser estigmatizado como un delincuente sin posibilidad de reinserción, ya que lo ayuda a reconocer y responsabilizarse por el daño causado. La reparación en sí misma, no sería una pena o un castigo, sino sería una prestación socialmente constructiva. Como dice Nistal Burón “la carga retribucionista ha de ceder en favor de otros fines legítimos de la pena”.³⁴³

Y para finalizar queremos acabar con Roxin cuando dice: “es lamentable porque la finalidad de ayudar al autor del delito a tener una vida futura sin delitos es, como idea, el medio más constructivo de todos para tratar con la criminalidad. La resocialización ayuda al delincuente en la reintegración social y eleva sus oportunidades en la vida. Pero también ayuda a la generalidad, porque un autor que no vuelve a cometer delitos ya no representa un riesgo y, con ello, mejora las condiciones de vida de todos”.³⁴⁴

Entendemos en la línea de lo expuesto que la justicia restaurativa cumple con las tres funciones que se encuadran en la prevención general positiva.

Informa a la persona infractora y a la persona víctima de lo que está prohibido por el ordenamiento (reafirma la norma vulnerada) y por eso se les ofrece la posibilidad de tomar parte en un proceso de justicia restaurativa que tendrá consecuencias no solo al margen del derecho penal sino también incardinadas en el proceso; esto como hemos dicho va a producir un refuerzo y el mantenimiento en la confianza del sistema penal, no siendo una justicia privada. Por último, al trasladar a víctima y ofensor todo lo que implica el proceso penal y su apertura, se fortalece la actitud de respeto por el derecho.

³⁴² Por tanto, esta corriente propugna la irrupción de la víctima en el proceso penal y a la hora de imponer la pena se tendría en cuenta la reparación a la víctima en el sistema punitivo sancionador. Véase Roxin, C. (1999) “*Pena y reparación*”. ADPCP N°LII, P. 5 a 1.5

³⁴³ De esta forma, Roxin, C. (1999) “*Pena y reparación*”. ADPCP. Vol LII viene a decir que “una auténtica compensación del hecho, un restablecimiento de la situación originaria, sólo se puede conseguir cuando el daño haya sido remediado y los efectos inmateriales del hecho hayan sido eliminados mediante una reconciliación”.

³⁴⁴ Roxin, C. (2007) “*La teoría del delito en la discusión actual*”, Grijley, Lima, pp. 74.

Entendemos que a la luz del funcionalismo más moderado de Roxin, la justicia restaurativa tendría cabida en el proceso penal y penitenciario no como algo nuevo sino como inherente a los principios básicos del derecho penal y de las funciones de la pena.

B) Funcionalismo radical de Jakobs.

Este autor entiende que es necesario entender el derecho como parte del sistema social; por tanto los conceptos de derecho y derecho penal deben entenderse tomando elementos externos del sistema social. El origen de esta teoría se encuentra en los textos: *Culpabilidad y Prevención* (1976) y luego en su *Tratado de Derecho penal* (1983); donde expone los cimientos de un replanteamiento del derecho penal, inspirado en Welzel.

Sólo sobre la base del delito como hecho que contradice la norma y la pena entendida como respuesta que confirma la norma puede hallarse relación ineludible entre ambas. Pero “la pena es una muestra de la vigencia de la norma a costa de un responsable. De ahí surge un mal pero la pena no ha cumplido ya su cometido con tal efecto, sino sólo con la estabilización de la norma lesionada.”³⁴⁵

De esta forma, la pena no iría dirigida a disuadir al infractor sino que tendría como destinatarios a la sociedad, que tiene confianza en la norma y de esta manera se va a revalorizar y reafirmar esta confianza, diciéndolos de manera indirecta que el equivocado es el que va en contra de ella.

Por esto para Jakobs tiene sentido que la pena funcione “a costa” del delincuente, en lugar de decir que opera en su contra o como reproche o desvaloración del mismo.

Este autor nos está diciendo que las personas están obligadas a actuar como garantes de la vigencia de las normas, por eso es penalmente responsable aquella persona que lesiona los intereses sociales, por faltar a la posición de garante, es decir aquel que defrauda las expectativas sociales, porque no actúa mediante el rol en que se está desempeñando³⁴⁶. Por tanto, el derecho penal tendría la función de velar por la parte más esencial y básica de tales normas y así solventar la subsistencia de las normas que estructuran la base de lo social.

³⁴⁵ Jakobs, G. (1997): “*Derecho Penal, Parte General, Fundamentos y teoría de la imputación*”, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas S.A., Madrid, pp.9.

³⁴⁶ Jakobs, G. (1996) “*Sociedad, norma y persona en la Teoría de un Derecho penal funcional*”, trad. esp. de M. Cancio Meliá, y S. Feijóo Sánchez, 1ª ed. Ed. Civitas, Madrid, pp.36 y37.

De esta forma, es imposible desgajar al derecho penal de la sociedad. Tal es esta interrelación que para Jakobs ³⁴⁷: “una sociedad existe cuando está vigente al menos una norma. Y que por “norma” debe entenderse como la expectativa de que una persona, en una situación y circunstancia determinada, se comportará de una manera determinada, solo y exclusivamente debido a su Ser-Persona”.

Es destacable la importancia que da Jakobs a la responsabilidad de todos los ciudadanos como garantes respetuosos de las normas que existen para facilitar la convivencia. Estos razonamientos podrían tener mucho que ver con los aspectos básicos que describen la justicia restaurativa como pueden ser la responsabilidad por las conductas realizadas y la necesidad de respetar a los demás miembros de la sociedad como fundamento para fortalecer los lazos sociales y construir una comunidad más pacífica.

Pero como vamos a seguir analizando, la realidad es que esta interdependencia que el autor propone entre el ciudadano y su responsabilización como garante del respeto de las normas choca con una realidad en la que pueden entrar en juego factores externos que influyan en la persona y lo lleven a vulnerar la norma.

De hecho, en un primer momento Jakobs no tiene en cuenta la retribución de la pena para él tendría una función de prevención general positiva, el derecho penal debe girar en torno al incumplimiento de estos deberes y no como decía Roxin en torno a los bienes jurídicos protegidos³⁴⁸. Sin duda, es una posición demasiado objetiva que no tiene en cuenta los aspectos subjetivos y emocionales que pueden existir en el comportamiento del ser humano que forma parte de la sociedad y que no es un ente que se mueva exclusivamente por impulsos racionales. La idea de Jakobs tiene su resumen en el desarrollo de la teoría de la imputación objetiva entendida como conjunto de hipótesis que permiten concluir si la conducta crea o no un riesgo para el bien jurídico. Si la finalidad de la pena es restaurar la vigencia de la norma infringida con el delito, pocas opciones de cuestionarla le quedan al estudioso, porque tiene que dar por válida dicha norma y, más bien, el castigo se centraría en la propia desobediencia³⁴⁹.

³⁴⁷ Jakobs, G. (2007): “*La imputación jurídico-penal y las condiciones de vigencia de la norma*”, en Teoría de Sistemas y Derecho Penal, Fundamentos y Posibilidad de Aplicación, Traducción a cargo de Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles y Carlos Gómez-Jara Díez., Ara, Lima, pp.227.

³⁴⁸ Feijó Sánchez, B. (2006) “*Prevención general positiva. Una reflexión en torno a la teoría de la pena de Günther Jakobs*”. Recuperado de [file:///C:/Users/virsu/Downloads/Dialnet-PrevencionGeneralPositivaUnaReflexionEnTornoALaTeo-2582622%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/virsu/Downloads/Dialnet-PrevencionGeneralPositivaUnaReflexionEnTornoALaTeo-2582622%20(1).pdf).

³⁴⁹ Zúñiga Rodríguez, L. (2018) “*Dogmática funcionalista y política criminal: una propuesta fundada en los derechos humanos*” Derecho no.81 Lima, pp.117 y ss.

Como comenta Montoro Ballesteros³⁵⁰, al funcionalismo de Jakobs subyace, como único apoyo, según se ha indicado ya, un relativismo, un nihilismo axiológico, ético, en virtud del cual cualquier sistema social existente, por el simple hecho de su existencia, es válido y debe ser protegido mediante el derecho [...]. La concepción funcionalista de la sociedad y del derecho de Jakobs tienen como resultado la conversión del derecho en un mero instrumento técnico al servicio del «funcionalismo social». Lo importante aquí es que la sociedad (con independencia del tipo de sociedad de que se trate) —ya sea autocrática o democrática— funcione y tenga medios de autoconservación y defensa.

Creemos que es una postura muy estricta en la que parece que lo que debe ser es...no deja cabida a planteamientos individualizados en los que pueden encontrarse factores que lleven a los miembros de la sociedad a apartarse de las normas y que merezcan otro reproche que no sea la pena en sentido estricto o al menos que merezcan una modulación de la pena a imponer. Con estas premisas el funcionalismo más estricto de este autor no dejaría mucha posibilidad al enfoque restaurativo, si bien entendemos que partiendo de la importancia que se da a la comunidad podríamos construir una variante donde a pesar de este funcionalismo más estricto podríamos introducir un enfoque restaurativo que suavice los postulados más radicales de Jakobs, quizá podríamos recoger los aspectos más importantes del funcionalismo moderado de Roxin y combinarlos con la importancia que da Jakobs a la posición de garante (a lo que añadimos de corresponsabilidad) de la comunidad.

Sin duda, tras el análisis de esta corriente doctrinal inspirada en muchas otras como el finalismo de Welzel, sin ser exhaustiva viene a corroborar la idea de que la justicia restaurativa si bien no de forma explícita sí con base a algunos de sus principales argumentos, beneficios, características y principios tiene su origen en algunas escuelas doctrinales y está contenida en pequeñas pinceladas en algunos autores como Roxin, cuyos postulados hemos visto tienen mucho sentido para explicar aspectos claves de la aplicación de la justicia restaurativa.

³⁵⁰ Montoro Ballesteros, A. (2007) “*El funcionalismo en el derecho: notas sobre N. Luhmann y G. Jakobs (eds.)*”, Anuario de Derechos Humanos, 8, pp. 365-374. Recuperado de <https://revistas.ucm.es/index.php/ANDH/article/viewFile/ANDH0707110365A/20789>.

3. Derecho penal del enemigo.

Dedicamos un epígrafe en esta investigación al derecho penal del enemigo también inspirado en Jakobs como la corriente más radical del funcionalismo no por sus raíces comunes a la justicia restaurativa, sino porque consideramos importante entender y reflejar que no todas las corrientes doctrinales son favorables de forma total o parcialmente a la justicia restaurativa. Frente al derecho penal del hecho en el que lo decisivo para imponer la pena es la conducta delictiva realizada por el autor (culpabilidad) para el derecho penal del enemigo lo esencial es que la pena se impone por la peligrosidad del sujeto, no por las conductas que realiza.

Por eso, cualquier conducta considerada antisocial y tipificada en las normas penales como contraria a derecho debe de ser castigada. En ocasiones, esta protección se adelanta con el simple hecho de la puesta en peligro del bien jurídico, sin necesidad de que haya un daño. El derecho penal del enemigo surge precisamente para restringir las garantías de aquellos que atentan contra la sociedad, por eso, se caracteriza por ser partidarios de unas reglas de imputación de responsabilidad menos estrictas, la intervención penal se adelanta a fases previas como la ejecución y se aumenta las penas de prisión, se disminuyen los beneficios penitenciarios, así como las garantías procesales y penales.

Este concepto fue elaborado por Günther Jakobs³⁵¹, en dos momentos diferentes y aplicados a dos diferentes clases de delitos. En 1985, habla por primera vez del derecho penal del enemigo³⁵² y de una forma amplia, así vincula el concepto de derecho penal del enemigo hacia los delitos de puesta en riesgo y delitos cometidos dentro de la actividad económica.

Utiliza el derecho penal del enemigo para referirse a aquellas normas jurídicas excepcionales, de combate, caracterizadas por un incremento de las penas y la supresión de garantías jurídicas, únicamente aplicables -precisamente- a los enemigos o no-personas.

Es a partir de los años noventa cuando surge una segunda fase, en su concepción del derecho penal del enemigo, orientada hacia delitos graves especialmente los delitos de terrorismo.

³⁵¹ Jakobs, G.y Cancio Meliá, M. (2006) “*Derecho penal del enemigo*”. Madrid. Editorial civitas, pp.57 y ss.

³⁵² Jakobs, G. (1997) “*Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico*”, Trad: Peñaranda, Enrique, en: Jakobs, Günther, Estudios de Derecho Penal, Madrid: Civitas, pp.298.

Este autor considera que el Estado puede proceder de dos modos con los delincuentes: puede ver en ellos personas que delinquen, personas que han cometido un error; o individuos a los que hay que impedir mediante coacción que destruyan el ordenamiento jurídico³⁵³. El primer proceder tendría que ver con la justicia restaurativa y el segundo entraría ya en el derecho penal del enemigo en toda su extensión.

El derecho penal del enemigo, eminentemente punitivo, presenta tres elementos que lo caracterizan:

El primero de ellos es que, en las normas propias de esta teoría, hay un adelantamiento de la punibilidad siendo el punto de referencia, no ya el hecho cometido, sino el hecho futuro.

En segundo lugar, las penas previstas son elevadas de modo desproporcionado con relación al hecho cometido; carecen de toda proporcionalidad, suele tratarse de conductas bien lejanas al resultado lesivo, tal como tradicionalmente lo concebimos, incluso que ni siquiera implica la creación de un riesgo no permitido.

Y, en tercer lugar, existe una flexibilización de ciertas garantías del proceso penal que incluso pueden llegar a ser suprimidas.

Por tanto, el derecho penal del enemigo tiene poco o nada que ver con la justicia restaurativa, ya que fomenta la deshumanización de cierta clase de infractores, por el tipo de delito que cometen; a su vez; favorece el aumento desproporcionado de las penas e incluso la supresión de ciertas garantías procesales y constitucionales³⁵⁴, propias de todos los estados democráticos de derecho.

Esta afirmación que entiende como enemigos a ciertos infractores podría tener su fundamento en Rousseau³⁵⁵, para este autor “todo delincuente sería enemigo, ya que cualquier individuo que ataque el sistema social deja ya de ser miembro del estado, porque se halla en guerra con este como pone de manifiesto la pena pronunciada contra él.”

³⁵³ Jakobs, G. y Cancio Meliá, M. (2003) “*Derecho penal del enemigo*”, Madrid, Thompson Civitas, pp 103

³⁵⁴ Precisamente algunos autores como Peña González, C. (2015) “*Seguridad y Derecho: ¿bienes incompatibles?*”, en Revista Fuerzas Armadas y Sociedad. Año 18. Nº 3-4, pp. 147-156. lo que caracteriza el derecho penal del enemigo es la creación de un derecho muy represivo. Se puede incluso cuestionar con esta teoría la vulneración de principios y derechos constitucionales, así como los principios básicos del derecho penal (legalidad, culpabilidad por hecho, mínima intervención y principios pro derechos humanos) y procesal (presunción de inocencia o garantía procesales).

³⁵⁵ Rousseau, J. (2012) “*El contrato social*” Editorial Edaf, rescatado de http://bibliotecadigital.ilce.edu.mx/Colecciones/ObrasClasicas/_docs/ContratoSocial.pdf, p.18.

Jakobs³⁵⁶ entiende que “la función principal de la pena es prevención general positiva, para confirmar la confianza en la vigencia de las normas, pese a su ocasional infracción. No se dirige principalmente a influir sobre los potenciales autores de futuras infracciones (prevención general negativa), sino que tiene por destinatarios, a la sociedad en su conjunto”³⁵⁷.

Además, frente al derecho penal del enemigo, elabora el concepto de derecho penal del ciudadano³⁵⁸, que se caracteriza por el mantenimiento de la vigencia de la norma, para él se trata de dos tendencias opuestas, en un solo contexto jurídico penal y que además suelen superponerse y entremezclarse.

Se puede realizar muchas críticas a la conceptualización de esta teoría la fundamental es que atenta contra los derechos humanos básicos, contenidos en las normas internacionales básicas y recogidos en las normas internas³⁵⁹ de la mayoría de los países.

Y, sin embargo, en muchos de los códigos penales de los estados se contemplan algunos ejemplos de este derecho penal del enemigo, en casos como los que castigan la simple pertenencia a banda organizada o por ejemplo la apología del terrorismo³⁶⁰.

³⁵⁶ Miguel Polaino Orts, en su libro el “*derecho penal del enemigo*” donde analiza la figura de Jakobs y sus principales aportes a esta doctrina. Polaino Orts, M. (2009) “*Derecho penal del enemigo*”. Editorial Bosch.pp.100 y ss.

³⁵⁷ Estos argumentos ya hemos visto que tienen su origen en la teoría de la imputación objetiva elaborada por el autor como parte de su concepción del funcionalismo más radical y que tiene su base para entender posteriormente el derecho penal del enemigo.

³⁵⁸ “quien incluye al enemigo en el concepto del delincuente ciudadano no debe asombrarse si se mezclan los conceptos ‘guerra’ y ‘proceso penal’.” Jakobs, G. (2006) “*Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo*” Trad: Cancio Meliá, M, en: Jakobs, G y Cancio Meliá, M (2006), *Derecho penal del enemigo*, Navarra: Civitas, p. 42. También en: Jakobs, G “*La autocomprensión*”, pp.61.

³⁵⁹ En este sentido el derecho penitenciario siempre ha renunciado al aspecto más retributivo como ya hemos visto y se centra más en la visión resocializadora sin que sea ésta la única finalidad de la pena.

³⁶⁰ A este respecto nuestra jurisprudencia también ha hecho referencia en alguna ocasión, las menos, al derecho penal del enemigo, en este sentido, la sentencia 1140/2010, de 29 de diciembre, del Tribunal Supremo [ROJ: STS 7184/2010] es una de las pocas resoluciones españolas que hace referencia expresa al denominado Feindstrafrecht o Derecho penal del enemigo con el que el Estado no trata simplemente de castigar a los delincuentes, sino de luchar contra sus enemigos, recurriendo para ello a un derecho penal especial y excepcional que –según este órgano judicial– se caracterizaría por tres señas de identidad:

1) Aumento de la gravedad de las penas más allá de la idea de la proporcionalidad, lo que puede significar aplicar penas de prisión de larga duración a hechos de escasa gravedad, o por lo menos no tan graves como para justificar la imposición de penas tan graves. 2) Abolir o reducir los derechos fundamentales y garantías procesales del imputado, como el derecho al debido proceso, a no declarar contra sí mismo, a la asistencia de letrado, o también la admisión de pruebas conseguidas ilegalmente, derogar la competencia de Juez natural y crear Tribunales especiales, permitir que las autoridades políticas o administrativas, sin intervención judicial, puedan decidir el internamiento o el arresto por tiempo indefinido de personas meramente sospechosas. 3) Criminalización de conductas que no suponen un verdadero peligro para bienes jurídicos y adelantar la intervención del Derecho penal, aún antes de que la conducta llegue al estadio de ejecución de un delito, penalizando simples manifestaciones ideológicas, producto del derecho a la libertad de expresión, convirtiendo en delito hechos como mostrar simpatía hacia ciertas ideologías, sobre todo si éstas coinciden con las que defienden los grupos radicales terroristas, aunque los que muestren esa afinidad o simpatía ideológica no defiendan el empleo de la violencia para alcanzarlas.

En nuestra opinión, algunos acontecimientos que crearon gran alarma mundial como los atentados del 11 de septiembre han podido contribuir a reafirmar la necesidad de esta corriente en determinados casos y bajo algunas circunstancias de extraordinaria conmoción y alarma social, igual que sucede con la comisión de determinados delitos. En estos ejemplos, vemos con claridad como el castigo se adelanta a actos preparatorios o incluso a situaciones que se pueden considerar potencialmente peligrosos y perjudiciales pero que en sí mismos, no llegan a serlo³⁶¹.

Bajo esta premisa, queda claro que una justicia penal con enfoque restaurativo no sería viable, dentro de la posición más estricta de la corriente doctrinal del derecho penal del enemigo. Sin embargo, como en todas las teorías y corrientes doctrinales, existen posiciones no tan radicales, dentro de estas últimas estaría Jakobs³⁶², para éste en principio, *“un ordenamiento jurídico debe mantener dentro del Derecho también al criminal, y ellos por una doble razón: por un lado, el delincuente tiene derecho a volver a arreglarse con la sociedad, y para ello debe mantener su estatus como persona, como ciudadano. Por otro lado, el delincuente tiene el deber de proceder a la reparación de daño que ha ocasionado con su acción delictuosa, el delincuente no puede despedirse arbitrariamente de la sociedad a través de su hecho.”*

En este caso, aunque Jakobs es defensor del derecho penal del enemigo, claramente postula la necesidad de que el infractor repare el daño que ha causado, no solo porque es lo correcto sino porque considera que es una forma de que éste se “arregle” con la comunidad, y vuelva al marco social del que se separó con su delito. Su postura no es radical, sino que considera que el derecho penal del enemigo debe reducirse a lo necesario.

Otra reseña jurisprudencial sobre esta teoría puede ser , la sentencia 419/2012, de 10 de diciembre, del juzgado de lo penal nº 7 de Palma de Mallorca (Balears), añade al respecto que Jakobs estableció una definición de Derecho penal del enemigo en contraposición al del ciudadano, y decía que el Derecho Penal del ciudadano deberá esperar a que el ciudadano exteriorice su conducta para poder reaccionar pero el Derecho Penal del enemigo actuará en una fase previa a la comisión del delito debido a la alta peligrosidad de la acciones del sujeto que hacen necesaria una intervención más temprana (...) el delincuente es identificado como un enemigo muy peligroso por lo que se justifica la intervención pronta .Recuperado de <http://cj-worldnews.com/spain/index.php/en/derecho-31/in-albis1/item/2886-que-es-el-derecho-penal-del-enemigo> última consulta 26 de noviembre de 2020.

³⁶¹ A este respecto podemos leer a Iglesias Ríos, M. A. (2013) “Lagunas, contradicciones y deslegitimación del discurso contemporáneo del derecho penal preventivo y de la seguridad: un ejemplo en el anteproyecto de reforma del CP de 2010”, Revista de derecho penal, nº39, pp.9-38.

³⁶² Jakobs, G. (2006) “Derecho penal del enemigo” (2ªed) S.L Civitas ediciones, pp.100.

La postura de Jakobs, considerado el precursor, deja entrever que contempla como necesaria la reparación y la posibilidad de reintegración del infractor en la sociedad, y esto sin duda, coincide con algunos de los argumentos de la justicia restaurativa.

Respecto de las posturas más radicales de esta corriente si la finalidad de las penas es la reeducación y la reinserción social, según dice el artículo 25³⁶³ de nuestro texto constitucional, la pregunta sería si realmente el derecho penal del enemigo y todo lo que conlleva su conceptualización fomenta esta reinserción. Incidiendo en la importancia de este artículo 25.2 se pueden extraer las siguientes notas principales³⁶⁴ : (a) la orientación reeducativa de la pena de prisión no es su fin exclusivo ni es un derecho fundamental alegable en amparo; (b) la aplicación de las instituciones penales y penitenciarias vinculadas con esta orientación de la pena se rige por un canon de motivación reforzado; y (c) los trabajos forzados quedan definidos por su naturaleza aflictiva. La negativa a considerar la finalidad reeducativa de la pena un derecho subjetivo susceptible de amparo no ha impedido que el Tribunal Constitucional estableciera que respecto de las decisiones judiciales sobre la aplicación de cualquier institución procesal o penal vinculada con el cumplimiento de esta finalidad reeducativa y resocializadora resulta exigible un deber de motivación reforzado (entre otras, STC 43/2008, de 10 de marzo, FJ 4)³⁶⁵.

Es decir existe una obligación de justificar cualquier resolución³⁶⁶ que pueda ir en contra de la reinserción social, para que de alguna manera siempre haya garantías de que se adoptan todas las políticas necesarias para dar cumplimiento a este artículo contenido en nuestro texto constitucional.

³⁶³ Y eso que el Tribunal Constitucional ha señalado en reiterada jurisprudencia, Nistal Burón (2019) “que el artículo 25.2 no contiene un derecho fundamental a la reinserción social, sino un mandato al legislador para orientar la política penal y penitenciaria: se pretende a través de él, que en la dimensión penitenciaria de la pena privativa de libertad se siga una orientación encaminada a estos objetivos, sin que estos sean su única finalidad (AATC 15/1984, 486/ 1985, 303/1986 y 780/1986 y, STC 2/1987, 19/1998..)” (P. 62) En este mismo sentido destacamos, Fernández Bermejo, D (2014)” *El fin constitucional de la reeducación y reinserción social: ¿Un derecho fundamental o una orientación política hacia el legislador español?*”, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, núm. 67, pp.363 a 415 y Cervelló Donderis, V (2005) «*El sentido actual del principio constitucional de reeducación y reinserción social*», en Presente y futuro de la Constitución española de 1978, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 217 a 232.

³⁶⁴ Sánchez Tomas, J. M. recuperado de https://www.boe.es/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-PB-2018-94_1 pp.993.

³⁶⁵ Op.cit. Sánchez Tomás, pp993-.994.

³⁶⁶ Este respecto, la institución que mayores pronunciamientos jurisprudenciales ha provocado han sido los permisos penitenciarios. Obviamente, también respecto de estos se ha hecho extensiva la exigencia del deber de motivación reforzado (por todas, STC 23/2006, de 30 de enero, FJ 2) recuperado de https://www.boe.es/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-PB-2018-94_1.

Obviamente, si transmitimos que ciertos delincuentes no tienen la categoría de ciudadanos, no podemos aspirar a que puedan volver a la comunidad como “personas nuevas”. Y es que como decía Abraham Maslow³⁶⁷ "Cuando tu única herramienta es un martillo, todo te parece un clavo", es decir, si les castigamos por incluso las posibles conductas futuras, que puedan realizar, ellos mismos acabaran asumiendo que no es posible cambiar y que además no va a servir de nada porque el estado y el sistema ya los ha clasificado para siempre.

Entonces, se podría llegar a producir algo contradictorio pero muy usual, los delincuentes pasan a considerarse víctimas del sistema³⁶⁸, no se responsabilizan por sus hechos delictivos, pero además se reduce de modo significativo la posibilidad de reinserción.

Y esto repercute también, de forma negativa en las víctimas directas y la comunidad, las víctimas directas necesitan sentir que alguien se hace responsable por el daño sufrido y recuperar la seguridad, es decir, que haya menos probabilidades de volver a repetirse estas conductas, y realmente con el derecho penal del enemigo es difícil conseguirlo; además la comunidad necesita sentir que es menos probable que sus miembros se conviertan en futuras potenciales víctimas y es cierto, que el derecho penal del enemigo no favorece esta seguridad, salvo el lapso del tiempo que pasen en prisión.

El único momento de seguridad será el que propicia el aumento desmesurado de las penas privativas de libertad, a la luz del derecho penal del enemigo, sin embargo, y salvo que hablemos de cadena perpetua y ni siquiera en estos casos, se va a proveer al ciudadano de una seguridad total, puesto que siempre podrán conseguir la libertad condicional.

4. Abolicionismo o minimalismo.

El abolicionismo parte de la necesidad de que el derecho penal desaparezca, van más allá de la simple reforma. Según Cohen³⁶⁹, su nacimiento fue producto de las políticas de los años sesenta, que propiciaron el surgimiento de la teoría del etiquetamiento y la nueva criminología o criminología crítica. Su enfoque está orientado hacia la construcción de una crítica al sistema penitenciario y su punitivismo y buscar formas diferentes de gestionar las consecuencias del delito.

³⁶⁷ Maslow, A. (1966) "*Psychology of Science*", ed. Joanna Cotler Books, pp.98 y ss.

³⁶⁸ En este sentido es recomendable leer a Romero Coloma, A.M. (1996) "*el recluso y su victimización: nuevas perspectivas ante el recién aprobado reglamento general penitenciario*". Actualidad penal, nº38, pp. 14-20.

³⁶⁹ Cohen, S. (1986) "*Editorial*", en Contemporary Crises (título actual: Crime, Law and Social Change), vol. 10, n. 1. Amsterdam: Elsevier, pp. 3.

Puede parecer a primera vista que el abolicionismo, no tiene que ver directamente con la justicia restaurativa, sin embargo, muchos postulados del abolicionismo son idénticos a los de la justicia restaurativa en cuanto a los factores determinantes de su aparición³⁷⁰, así como sus fundamentos por eso, muchos abolicionistas han visto en la justicia restaurativa, su alternativa al derecho penal.

La primera vez que criminólogos se presentaron como abolicionistas³⁷¹ fue en el año 1983, durante el IX Congreso Mundial de Criminología, en Viena. En aquella época, sólo en Noruega existía una especie de movimiento abolicionista, en pequeña escala entre los integrantes del KROM (Norsk Forening for Kriminal Reform – Asociación Noruega para la Reforma Penal), y en Norteamérica, con el Comité Quaker sobre Prisiones y Justicia, organizado en mayo del mismo año durante la 1ª Conferencia Internacional por la Abolición de la Prisión, en Toronto, Canadá. De manera oficial, no había corriente doctrinal que se considerara como abolicionista, pero desde los años sesenta, Nils Christie y Thomas Mathiesen, en Noruega, y Herman Bianchi y Louk Hulsman, en Holanda, venían publicando trabajos centrados en esta línea.

De esta forma, algunas reivindicaciones del abolicionismo son las siguientes: para el abolicionismo penal el sistema penal nunca resolvió un delito, su puesta en marcha no genera ninguna consecuencia positiva³⁷², y por el contrario genera muchísimas negativas, para abordar el delito se propone causar un daño similar al ocasionado por el infractor con su delito, sin embargo, al final el daño que se causa es mucho mayor.

La pena no es suficiente para que la víctima sienta que se ha hecho justicia y además parece ser una venganza encubierta por el estado. De hecho, en el sistema penal, la víctima no es parte del proceso judicial, es tan sólo un testigo. No hay margen de reparación de los daños causados. La víctima no es actor principal.

Estas aportaciones sobre la víctima, como se ha visto, son esenciales para el surgimiento de la justicia restaurativa.

Para el abolicionismo penal³⁷³, el sistema penal es una forma de organizar la venganza, pero de forma legal, y bajo el soporte del estado.

³⁷⁰ Achutti, D. (2015) "Abolicionismo penal y justicia restaurativa: del idealismo al realismo político-criminal", Revista de derechos humanos y estudios sociales. VII, pp.55.

³⁷¹ Achutti, D. (2015) "Abolicionismo penal y justicia restaurativa" recuperado de <https://doctrina.vlex.com.mx/vid/abolicionismo-penal-justicia-restaurativa-638194977>.

³⁷² Mathiesen, T. (1974) "The Politics of Abolition"; Oslo; Robertson, pp. 46 -68.

³⁷³ Hulsman, L y Bernat de Celis, J. (1984) "Sistema penal y seguridad ciudadana: Hacia una alternativa", Barcelona, Ariel, pp.35 y ss.

Desde el sistema penal no se previenen delitos, no se reinserta socialmente a las personas que los cometen, y no se repara el daño a las víctimas de forma adecuada.

Cuando se lee estos argumentos que esgrimen los abolicionistas, se ve con claridad que son los mismos postulados que originaron el resurgimiento de la justicia restaurativa, como una forma de abordar el delito más cercana a los realmente afectados por él. Pretenden no sólo sustituir la pena privativa de libertad, sino la totalidad del sistema, lo que han venido a llamar el control social punitivo institucionalizado³⁷⁴. Por esto mismo, para los abolicionistas en la actualidad la justicia restaurativa sería la herramienta ideal para favorecer el tránsito del sistema penal y penitenciario eminentemente punitivo a otro como el restaurativo que sustituye el castigo por la reparación y la responsabilización. Apoyando esta utilización de la justicia restaurativa para cambiar el sistema, podemos nombrar a Stan Cohen³⁷⁵, quien en la misma línea mencionada dice que el abolicionismo “es el nombre que se da, principalmente en Europa occidental, a una corriente teórica y práctica que efectúa una crítica radical a todo el sistema de justicia penal y plantea su reemplazo.”

Por tanto, podemos decir que el abolicionismo busca una reconfiguración del sistema, cambiando sus estructuras ya que entiende que después de los años se ha visto que no está funcionando.

De ahí, que para Silva³⁷⁶ “la más fuerte apoyatura de la propuesta abolicionista se halla en la actualidad en el planteamiento de la criminología radical que descalifica el sistema penal: el abolicionismo ha hecho de este su principal base teórica”.

Larrauri Pijoan³⁷⁷, habla igual que Silva desde la perspectiva de la criminología crítica o más radical por eso también considera, la crisis de la nueva criminología, como un factor que explica, junto a la crisis de la legitimación de la cárcel, el creciente interés en una perspectiva abolicionista.

³⁷⁴ Sánchez Romero, C y Houed Vega, M.A. (1996) “Abolicionismo y democracia”. Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. Julio, año 8, número 11.

³⁷⁵ Cohen, S. (1985) “*Visions os Social Control: Crime, Punishment and Classification*”. Editorial Polity Press, pp.55.

³⁷⁶ Silva Sánchez, J. (1997) “*Política criminal y nuevo derecho penal, libro homenaje a Claus Roxin*”, Barcelona, pp.20-21.

³⁷⁷ Larrauri Pijoan, E. (1991) “Abolicionismo del Derecho Penal”., p. 97; más ampliamente, la misma (1991) “*La herencia de la criminología crítica*”, Ed. Siglo XXI de España, Madrid, pp. 192-243.

Dentro de los principales mentores de esta corriente del pensamiento, pueden ser mencionados: Louk Hulsman, Thomas Mathiesen, Nils Christie y Michael Foucault³⁷⁸ quienes se encuentran, según algunos, en el punto más radical, aunque opinamos como luego expondremos, que algunos son menos radicales de lo que al principio parecían. En todo caso y antes de examinar las posturas más radicales y moderadas de esta corriente doctrinal podemos afirmar que el abolicionismo está en relación con la justicia restaurativa aunque parece instrumental; al principio sus postulados más importantes nos recuerdan a las características, principios y factores por los que la justicia restaurativa está cobrando especial relevancia, sin embargo, la importancia de esta justicia para los abolicionistas viene dada por ser considerada como una simple herramienta o metodología adecuada para este cambio propugnado. No dan importancia a nuestro parecer a la justicia restaurativa más que como cauce para erradicar el derecho penal y penitenciario y el sistema eminentemente punitivo donde el castigo es el centro de las relaciones. Pareciera que realmente no valoran las posibilidades, amplitudes y aplicaciones prácticas de la justicia restaurativa y los efectos que pueden producir y que hemos visto, solo les interesa aparentemente porque es un mecanismo adecuado para este cambio, por tanto, esto no sería compatible con la argumentación de esta investigación sino que estaría en total contradicción. Así, mientras para este trabajo la línea argumental básica es la compatibilidad del derecho penal y penitenciario con la justicia restaurativa, para el abolicionismo sería justo lo opuesto, total incompatibilidad entre ambos.

Para valorar la incompatibilidad de esta investigación con el abolicionismo nos interesa conocer las diferentes corrientes dentro del abolicionismo; Kaiser³⁷⁹ hace alusión a dos modelos de pensamiento abolicionista, el denominado abolicionismo extremo de Mathiesen y el abolicionismo moderado de Christie³⁸⁰.

³⁷⁸ Foucault, M. (1971) "Las palabras y las cosas". México. Editorial Siglo XXI, p. 338.

³⁷⁹ Según Larrauri, E. (1998) "Criminología crítica: abolicionismo y garantismo" Ius et Praxis, vol. 4, núm. 2, Universidad de Talca, recuperado de <https://www.redalyc.org/pdf/197/19740205.pdf> para Kaiser, E, Abolitionismus-Alternative zum Strafrecht? p. 1032. Para Kaiser el abolicionismo moderado ("gemässiger Abolitionismus"), cuyo principal representante es Christie, se diferencia de la versión extrema de Mathiesen ("extremer Abolitionismus"), en que, a diferencia de esta última, proyecta una idea concreta de una forma social alternativa que opone una "visión positiva" o una "concreta utopía" a la situación actual.

³⁸⁰ Christie, N. (1977) "Conflicts as Property", British Journal of Criminology, 17, pp. 1-19, en AA. VV (1992), "De los delitos y de las víctimas", Buenos Aires, AD_HOC, pp. 157-182; "Limits to Pain", Oxford, 1982; "Las imágenes del hombre en el Derecho Penal moderno", en AA. VV, "Abolicionismo Penal", op. cit., pp. 127-141; "Changes in Penal Values", en Scandinavian Studies in Criminology, Oslo, Universitetsforlaget, Vol. 2, pp. 161-172.

El abolicionismo de Mathiesen no pretende sólo la abolición de las cárceles, sino que, con la lucha contra la pena privativa de libertad, quiere demostrar el carácter autoritario de la sociedad.

Mathiesen se propone abolir los sistemas sociales represivos de la última etapa del capitalismo de estado, que en última instancia se remiten al modelo básico de producción de la sociedad³⁸¹. Esta postura fue considerada incluso por sus seguidores, algo casi imposible de conseguir por el propio clima político, a lo que podríamos añadir por la propia sociedad o la realidad social, y es que el propio Mathiesen, ya en una edad adulta entendió que por encima del clima político que "favorece enérgicamente la prisión (y aún) el restablecimiento de algo tan medieval como la pena de muerte (...)", supondrán "demasiado apresurada" la conclusión de sueño imposible para el abolicionismo³⁸².

Por eso la idea se fue modulando hasta entender que la importancia de las reformas negativas en el sentido de intentar reducir al máximo la influencia del derecho penal hasta teóricamente llegar al abolicionismo, además entienden que sería necesario también cambiar el lenguaje penal con el que nos referimos a los delitos, las penas y todo lo que ello implica dentro del sistema penal y penitenciario y un cambio de lentes, como el referido por Zehr³⁸³ precisamente en su libro "Cambiando de lentes".

Continuando con el abolicionismo más radical, con otro enfoque, con otra mirada, la hipótesis de que el sistema penal no es necesario; es posible. Por ejemplo, el abolicionismo de L. Hulsman³⁸⁴ entenderá el resultado de un conflicto, hoy propiedad del derecho penal, no como delito sino como situación problemática (el autor citado confiesa inclusive que no usa la palabra "delito" en sus cursos permanentes de derecho penal). Y, al parecer, ello es importante no sólo por el hecho de una renovación conceptual pacificadora o dignificante sino que implica una transformación completa de la manera como los protagonistas de un conflicto visualizan el episodio y lo tratan.

³⁸¹ Crespo, D. (1995) "El pensamiento abolicionista, en *Reflexiones sobre las consecuencias jurídicas del delito*", Madrid, pp. 35-52.

³⁸² Mathiesen, T. (1999) "La abolición: ¿un sueño imposible?" Revista del Poder Judicial de Buenos Aires. Buenos Aires, (www.pjba.gov.ar/dcas/revista/1999/10/index.htm).

³⁸³ Zehr, H. (1990) "Cambio de lentes: un nuevo enfoque para el crimen y la justicia". Herald Press, Pennsylvania. Traducido por: Cristián D. Quezada González, José Elías Alejandro Sánchez Ibarra, Sylvia Whitney Beitzel y Vernon E. Jantzi. Howard Zehr en el libro referenciado, precisamente habla de este cambio de lentes con el que mirar el sistema penal aunque a diferencia del abolicionismo, él cree que la justicia restaurativa sería un instrumento para complementar y/o el derecho penal y penitenciario y no para sustituirlo.

³⁸⁴ Hulsman, L. y Bernat de Celis, J. (1984) "Sistema Penal y Seguridad Ciudadana: Hacia una alternativa", Ariel, Barcelona, pp. 19 y sigs. (Traducción a cargo de S. Politoff). Editado originalmente en París en el año 1982, con el nombre Peines Perdues. Le Systeme pénal en question.

Algunos autores³⁸⁵ defensores de la justicia restaurativa igual que los abolicionistas más radicales afirman que el uso del lenguaje debe ir encaminado a la necesaria eliminación de estereotipos y etiquetas como víctima o infractor, y se debiera usar un lenguaje más neutral.

Sin embargo, otros autores como Zehr, opinan que un lenguaje neutral puede ser victimizante para algunas víctimas especialmente si son de delitos más graves. Por tanto, estos postulados abolicionistas no siempre estarían dentro de las corrientes restaurativas más aceptadas.

Christie formula su teoría abolicionista partiendo de tres constataciones básicas:

1. La pena es un mal con intención de ser eso; para este autor, la pena es la constatación práctica de la venganza utilizada de forma legal³⁸⁶ por el estado y con la intención de causar un mal proporcionado, al que se ocasionó con el crimen,
2. Las teorías penales modernas son el reflejo de los intereses del estado y de la visión de este. Tras esta afirmación de Christie se podría hablar si las penas, y el populismo punitivo está en consonancia con lo que la sociedad quiere realmente o se utiliza por los gobiernos para ganar votos y popularidad, esto es una cuestión altamente debatida, ya que parece ser el estado el mayor interesado en mantener un derecho penal retributivo y sobre todo altamente punitivo a pesar de que ha visto que no satisface las necesidades de las víctimas de reparación moral y material y de sentir que se ha hecho justicia y por otro lado, no cumple la función de reinserción, llevando a muchos infractores a ser etiquetados como delincuentes, sin posibilidad de reintegración en la sociedad .
3. Las estructuras dominantes tienen subcorrientes alternativas que pueden representar bien remanentes históricos, bien potencialidades de cambio.

En su trabajo, “los conflictos como pertenencia” pone de manifiesto cómo los conflictos son arrebatados a las partes, se desechan, se desvanecen, o incluso se vuelven invisibles.

³⁸⁵ Sharpe, S. (1998) “*Restorative Justice: A Vision for Healing and Change*”. Alberta: Centro Edmonton para mediación y cambios www.mrjc.ca.

³⁸⁶ Christie, N. (1984) “*Los límites del dolor*”, Buenos Aires, Ad-hoc, p. 11 y ss.

Una de sus declaraciones fundamentales es que el gran perdedor del sistema penal es la “víctima”, ya que además de haber sido lastimada, ha perdido la participación en su propio caso. Y junto a ella, pierde toda la sociedad oportunidades pedagógicas de aclaración de las normas, ya que los abogados están entrenados para decidir qué es relevante en un caso.³⁸⁷ Continuando con Christie³⁸⁸ podemos decir que afirma que el «delito» como tal no existe, sólo existen los actos, a lo que añadiríamos actos que causan daños. El «delito» carece de ontología propia, es una construcción meramente jurídica. Los «delitos» son meros conflictos entre particulares. La autoridad dominante, coloca sobre determinadas conductas la etiqueta «delito», sólo a los fines de tener el control absoluto de su destino, desde la potencial puesta en marcha del aparato represivo. Lo que es «delito» hoy puede dejar de serlo mañana.

Por esto mismo como el delito no existe, no hay delincuentes solo son personas que tienen conflictos con otras o con el estado, o el sistema en su conjunto.

De forma curiosa, se ha de advertir que con este artículo de los años setenta, Christie ha sido considerado uno de los precursores de la justicia restaurativa en Europa junto con otros autores como Martin Wright³⁸⁹.

Como ya se ha reiterado, el olvido de la víctima fue determinante para el surgimiento o más bien resurgimiento de la justicia restaurativa, para así darla el protagonismo que la corresponde por ser ella la que sufrió directamente el delito. Así frente al proceso penal como se deduce de las palabras de Christie, gestionado todo por profesionales y que deja fuera a los realmente afectados por el delito, este autor propone que se recupere el poder que se ha cedido al estado, dando participación directa, y activa a los realmente protagonistas víctima e infractor e incluso comunidad.

El estado no es la víctima directa del delito, si acaso indirecta por haberse vulnerado una norma creada por él. Este cambio de orden, en el protagonismo es el que también postula la justicia restaurativa.

³⁸⁷ Christie, N. (1977) “*Las imágenes del hombre en el Derecho Penal moderno*”, en AA. VV, *Abolicionismo Penal.*, pp. 127-128.

³⁸⁸ Christie, N. (2007) “*La industria del control del delito. ¿La nueva forma del holocausto?*”, Buenos Aires Ed. Del Puerto, pp.107y ss.

³⁸⁹ Wright, M y Galaway, B. (1989) “*Mediation and criminal justice: victims, offenders and community*”, Londres, Sage Publications, pp.37 y ss.

Por eso, muchos se preguntarán entonces ¿la justicia restaurativa es abolicionista, o más bien los partidarios de esta justicia propugnan la sustitución del derecho penal, por esta justicia que a todas luces satisface de mejor manera las expectativas de los abolicionistas y de los partidarios de esta justicia?.

Como en todas las corrientes teóricas, o como en todas las ciencias sociales, se puede advertir partidarios de la justicia restaurativa y también abolicionistas y otros que abogan por una visión minimalista del derecho penal.

Existen muchos autores como Daniel Achutti³⁹⁰ ya mencionado y prácticos de la justicia restaurativa, sobre todo en Brasil y Argentina que propugnan la eliminación del derecho penal y lo que conlleva, incluidas las cárceles para pasar a un sistema restaurativo como alternativa más justa.

Sin embargo, muchos otros, como Howard Zehr³⁹¹, opinan que el derecho penal debe existir, pero limitado a lo esencial.

Es decir, estarían de acuerdo con el principio de intervención mínima y con la necesidad de acudir al derecho penal como última ratio.

También tendrían en cuenta algunas críticas planteadas por autores como Christie³⁹² en torno a la víctima y su posición dentro del sistema penal y la necesidad de superar un enfoque meramente retributivo. Pero, en general, para estos últimos, la justicia restaurativa, es necesaria para cubrir los vacíos y las carencias de la justicia penal tradicional, no para sustituirlo. Y su visión estaría totalmente en consonancia con el objetivo de esta tesis, cómo conseguir o compatibilizar una justicia penal y penitenciaria con el enfoque restaurativo. Es decir, la justicia restaurativa estaría para mejorar la justicia penal tradicional y llegar donde esta última no llega. Sería no una alternativa sino un complemento del sistema penal tradicional, todo ello con independencia que se pueda seguir utilizando bajo determinadas condiciones y en determinadas circunstancias como alternativa. Durante el VII Congreso del Foro Europeo de Justicia Restaurativa celebrado en Helsinki en el año 2012, tuvimos la oportunidad de entrevistar a Nils Christie y consideramos interesante comentar algunas de sus respuestas, puesto que, en este sentido, y a pesar de ser considerado abolicionista, nos confirmó que él era más bien minimalista.

³⁹⁰ Achutti, D. (2015) "Abolicionismo penal y justicia restaurativa: del idealismo al realismo político-criminal". Revista de derechos humanos y estudios sociales. VII.pp. 55 y ss.

³⁹¹ En este sentido Zehr, H. (2007) "El pequeño libro de la justicia restaurativa" Intercourse PA, Good Books reafirmó que" la justicia restaurativa no es la panacea ni está destinada a sustituir el derecho penal" (p.11 y ss.).

³⁹² Christie, N. (1977) "Conflicts as property", British Journal of Criminology, 17 pp1-19.

Ante las preguntas sobre la justicia restaurativa y la abolición por completo de las cárceles y del derecho penal, nos respondió: *“Creo que no se debería suprimir por completo las cárceles. Esto podría obligar a la justicia restaurativa a hacerse cargo de las funciones de los Tribunales penales, algo que podría destruir las ventajas de la justicia restaurativa. El castigo tiene por objeto el dolor y esto debe ser manejado por los jueces penales, entrenados para equilibrar los intereses. No soy abolicionista sino minimalista. Los tribunales no se convertirán en los órganos de la justicia restaurativa. Sin embargo, algunos elementos de la justicia restaurativa podrían encontrar su camino en ellos, y con ello mejorar su función en la sociedad.”*³⁹³

Esta última respuesta, está en congruencia con la opinión de los que creemos que la justicia restaurativa puede mejorar el sistema penal, y penitenciario, no sustituirlo.

Parece que la justicia restaurativa aporta muchos beneficios para los afectados por el delito, la pregunta será entonces si sería una alternativa o complemento.

Para la mayoría, y al igual que Nils Christie será un complemento que servirá para mejorar la justicia tradicional penal y dejar la pena estigmatizante de la cárcel, solo cuando sea exclusivamente necesario y aun en la cárcel, el sistema penitenciario también debe dotarse de este enfoque restaurativo, congruente con los tratados internacionales sobre derechos humanos y con misión de la pena de reinserción del infractor. Y eso que ya hemos visto como el derecho penitenciario tiene un marcado carácter reinsertador en España.

A continuación, voy a extraer un resumen más completo de la interesante entrevista a Nils Christie. Esta entrevista viene a corroborar lo que he comentado, acerca de su posición minimalista sobre la justicia restaurativa y el derecho penal).

Virginia Domingo: Cada vez hay más clases de delitos, nuevas conductas se criminalizan y aun así la gente sigue reclamando un endurecimiento continuo de las penas ¿a qué cree que se debe esta obsesión por más castigo?. ¿Es el camino?.

Nils Christie: Cuando preguntamos a la gente si los castigos son suficientemente severos, por lo general dicen que no, que necesitamos penas más y más duras.

³⁹³ Domingo de la Fuente, V. (2012) “Entrevista a Nils Christie” Cuadernos de criminología: revista de criminología y ciencias forenses, ISSN 1888-0665, N.º. 18, pp. 5-7.

Pero si describimos, en gran detalle lo que ocurre en cada caso particular y también damos información sobre el infractor entonces el público en general tiende a sugerir penas más leves que las que los jueces realmente aplican.

La movilidad tanto social como geográfica, se traduce en que perdemos la noción de lo que pasa tanto en la sociedad como en cada uno de nosotros. Esto podría aumentar el nivel de ansiedad en la sociedad y dar lugar a una mayor demanda para controlar a los son considerados “peligrosos”. Mi receta es disminución de la movilidad y también disminución de la distancia social en la comunidad.

V.D: Siempre se ha dicho que las prisiones son una escuela del crimen... ¿qué podemos hacer para que no se conviertan en meros instrumentos para crear más delincuentes?

N.C: Disminuir la población carcelaria. Tenéis más de 70000 presos en las cárceles.

La experiencia indica que la gran mayoría de estos presos, se caracterizan por tres elementos: son pobres, han frustrado sus relaciones familiares o no tienen ninguna en absoluto y no tienen empleo fijo. Una buena política de bienestar social es también una buena política penitenciaria.

V.D: La justicia restaurativa está cobrando importancia en muchos países, sin embargo, en otros todavía hay reticencias, ¿por qué cree que muchos políticos y gobernantes no aprecian los beneficios de la justicia restaurativa?.

N.C: Mi experiencia es que los políticos muy pronto verán los beneficios de la justicia restaurativa. Es menos cara y suele “curar” los conflictos.

V.D: Muchos creemos que, si se permiten estos encuentros en delitos de terrorismo, se debería extender en toda clase de delitos con independencia de la gravedad siempre que las partes quieran o lo deseen ¿qué opina?, ¿No es discriminatorio para víctimas e infractores al permitirse a unos y a otros no? Actualmente existen corrientes que opinan que la justicia restaurativa está centrada en la víctima, otras dicen que está centrada en el infractor ¿usted qué piensa?.

N.C: Debería ser una posibilidad para toda clase de víctimas y todos los infractores. Pero hay una dificultad, si una de las partes se niega a asistir. Creo que no se puede obligar a nadie. Sin embargo, con buenos mediadores alrededor y trabajo durante todo el proceso se puede hacer mucho. La vida no es justa y algunos se sienten perdidos.

V.D: ¿Cree que es posible trabajar con víctimas y con infractores desde un punto de vista restaurativo aun cuando no se hagan encuentros cara a cara entre víctima e infractor?.

N.C: Si.

5. Conclusiones.

En esta parte de la investigación hemos hablado de algunas escuelas doctrinales que nos han servido para discernir aspectos comunes y diferenciales de la concepción tradicional del derecho penal y penitenciario con respecto a la justicia restaurativa.

Los argumentos y postulados de los funcionalistas tienen mucho en común con la justicia restaurativa y la importancia que dan a la reparación del daño, no solo para satisfacer los legítimos intereses de la víctima sino como fórmula de contribuir a la reinserción social.

También hemos visto como los abolicionistas acogen las argumentaciones de la justicia restaurativa pero con el fin de utilizarla para suprimir el derecho penal y penitenciario y cambiarlo por esta justicia. Entendemos que de esta forma se podría acabar convirtiendo a la justicia restaurativa en una suerte de derecho penal y penitenciario encubierto, y continuarían los vacíos y críticas a su funcionamiento, sin embargo, continuando con el eje fundamental de esta investigación si combinamos ambos podremos construir un sistema penal y penitenciario más sólido y eficiente.

Por último, se analizó el derecho penal del enemigo no por sus semejanzas con la justicia restaurativa sino para dar luz a una realidad social en la que el enfoque punitivo está en auge,³⁹⁴ de forma paradójica junto con la justicia restaurativa como formas totalmente opuestas para solucionar el teórico aumento de la criminalidad.

³⁹⁴ Se suele afirmar que la sociedad es eminentemente punitiva y por eso sucesivas reformas legislativas encaminadas hacia un endurecimiento de las penas se han justificado por esta necesidad social, que realmente no se corresponde con la realidad por ejemplo si tenemos en cuenta los estudios sobre actitudes frente a la delincuencia que ponen de manifiesto que los españoles no son especialmente punitivos. Entre otros, Varona Gómez, D. (2009) “¿Somos los españoles punitivos?: Actitudes punitivas y reforma penal en España”, Indret: Revista para el Análisis del Derecho, nº 1, pp. 1-31, en <http://www.indret.com/code/getPdf.php?id=1193&pdf=599.pdf> [visitado el 20/7/2018]. Por otro lado, en ocasiones se ha legislado endureciendo las penas por casos concretos que crearon gran alarma social y a petición de las víctimas, poniendo por delante aspectos emocionales más que necesidades reales, como ejemplos concretos de reformas penales que se han llevado a cabo por la insistencia de las víctimas en casos muy mediáticos, destacamos sobre todo en delitos sexuales y asesinatos cometidos contra menores de edad (como ocurrió con el caso de Mari Luz Cortés y la LO 5/2010, o el de Marta del Castillo y la LO 1/2015), delitos de terrorismo (a partir de la movilización de las asociaciones de víctimas), delincuencia juvenil violenta (por ejemplo, tras el caso Sandra Palo y las reformas de la LO 15/2003 y LO 8/2006), y violencia de género (con la presión de grupos feministas en la elaboración de diversas leyes, como la LO 5/2010).

TERCERA PARTE: Normas que posibilitan la aplicación de la justicia restaurativa.

1. Introducción.

Uno de los principales problemas con los que nos encontramos para aplicar la justicia restaurativa es que en los inicios de los primeros programas piloto apenas había regulación expresa para poder darles cobertura legal. Esto generó reticencias iniciales para comenzar experiencias prácticas y dependió mucho de la concienciación de algunos operadores jurídicos. Por eso, la cuestión que siempre se ha planteado es si es esencial tener una regulación específica sobre justicia restaurativa para su aplicación o, por el contrario, sería suficiente con tener referencias indirectas a esta justicia³⁹⁵.

No existe una respuesta única a esta cuestión tan debatida, pero sí podemos decir que en España las diferentes iniciativas desde el año 2005 se han basado en algunos preceptos del código penal y en otros contenidos en otras normas penales y penitenciarias. A continuación, vamos a analizar el tratamiento contenido en las normas legales, y que, aunque no hacen referencia expresa a justicia restaurativa, sí en su espíritu puede deducirse algunos objetivos o aspectos básicos de esta justicia. Dejaremos para más adelante el análisis de la ley del Estatuto de la víctima del delito, que ya contiene referencias expresas a esta justicia, y algunas experiencias prácticas que van a corroborar que la justicia restaurativa funciona y debe promoverse su implementación efectiva.

2. En el ordenamiento jurídico español.

A) Constitución española.

Aunque no hay referencias directas a la justicia restaurativa, sí las hay indirectas, congruentes con los postulados y los beneficios que esta justicia genera en las víctimas, los infractores y en la sociedad, en general.

Respecto a este último proceso, aporta una visión distinta Maqueda Abreu, M L (2007), “¿Es la estrategia penal una solución a la violencia contra las mujeres? Algunas respuestas desde un discurso feminista crítico”, en Indret 4/2007, pp. 1-43, pp. 10 y ss., en http://www.indret.com/code/getPdf.php?id=1045&pdf=475_es.pdf [visitado el 6/12/2020].

³⁹⁵ Como mera anécdota y para reflejar la concienciación de algunos operadores jurídicos, cabe destacar la participación esencial de la Fiscalía en la puesta en marcha del servicio de justicia restaurativa de Castilla y León-Burgos. En el 2006 era Fiscal Superior de la comunidad de Castilla y León, y una de sus frases sirvió para favorecer la justicia restaurativa dentro de los juzgados de Burgos, así él dijo” todo lo que no está prohibido está permitido”. Y realmente este espíritu sirvió para iniciar muchos programas piloto, si bien, veremos posteriormente que ya poco a poco se han introducido referencias expresas a esta justicia restaurativa.

El principal artículo que se puede destacar en referencia a la justicia restaurativa o más bien a algunos de los objetivos esenciales es el Art. 25.2³⁹⁶: ...” las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social...” Este artículo se ha visto reflejado en el derecho penitenciario ya que es favorable según Nistal Burón³⁹⁷ a “revalorizar los regímenes flexibles de ejecución penitenciaria, tales como: régimen abierto, centros de inserción social, las unidades extra penitenciarias. En definitiva, el acortamiento de la duración de las penas con los beneficios penitenciarios o con otras medidas que permiten el principio de flexibilidad del artículo 100.2 del reglamento penitenciario. Todo ello como el mejor exponente de que la cárcel sea un destino evitable, al contrario del derecho penal, que como se ha visto, es cada vez más tendente a usar la prisión como el destino necesario de quienes infringen las normas penales”.

Para que la referencia a la justicia restaurativa fuera perfecta debería incluirse a la víctima de los delitos como parte importante para cooperar en que las penas puedan contribuir a la reeducación y reinserción de los condenados a penas privativas de libertad. En este sentido, se aprobó el estatuto de la víctima (del que nos ocuparemos con posterioridad) y que ya da una mayor participación a la víctima antes, durante y después del proceso.

La pregunta que podría surgir es cómo hacer que la víctima pueda participar de este proceso pues la respuesta sería a través de la reparación del daño que pueda realizar el ofensor y de acuerdo siempre a sus verdaderas necesidades, lo cual incluye reparación material y moral.

Precisamente una de las formas de asegurar la reinserción del artículo mencionado sería dando la oportunidad de hacer lo correcto al ofensor y para ello resultaría necesario valorar este acto como el compromiso o la voluntad del infractor de respetar el bien jurídico dañado, en concreto a la víctima.³⁹⁸

³⁹⁶ A este respecto el TC ha declarado en al STC 150/1991 , F.4, “el artículo 25.2 CE no resuelve sobre la cuestión referida al mayor o menor ajustamiento de los posibles fines de la pena al sistema de valores de la Constitución ni, desde luego, de entre los posibles-prevención especial, retribución, reinserción, etc.-ha optado por una concreta función de la pena”, ya que por otra parte no cabe negar toda la posibilidad de que la efectiva imposición de una pena privativa de libertad de corta duración pueda cumplir la finalidad de reeducación y reinserción...” Esto nos viene a decir que, aunque el artículo da prioridad a la reinserción el TC entiende que de este artículo no se puede deducir que el único fin legítimo de las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad sea este.

³⁹⁷ Nistal Burón, J. (2019) “La víctima en el derecho penitenciario”, editorial Tirant Lo Blanch, pp.57

³⁹⁸ Este respeto que mostraría el infractor a la víctima y por ende a toda la sociedad puede ser una variable importante para tener en cuenta el grado de reinserción del infractor, véase Muñoz Conde, F (1979) “La resocialización del delincuente: análisis y crítica de un mito”. CPC, pp. 98 y ss.

Los procesos de justicia restaurativa aportan al proceso la posibilidad de que las partes lleguen a acuerdos, aunque lo esencial es que las personas puedan hablar, las víctimas obtendrán respuestas y podrán contar su historia, al mismo tiempo, el infractor podrá ver el impacto que el delito ha tenido y asumir su responsabilidad. Son procesos inclusivos que tienen en cuenta a todos los afectados y por tanto son una buena manera de valorar el grado de reinserción³⁹⁹ y responsabilización de los infractores.

También hay que tener en cuenta que cada día más artículos de nuestros textos tienen en cuenta las medidas realizadas por el ofensor para reparar el daño. El modelo restaurativo, no sólo tiene soporte jurídico en nuestro ordenamiento, sino que además es una demanda de nuestro estado social.⁴⁰⁰ A lo largo del texto constitucional vemos diversos artículos que demuestra el interés del constituyente en promover la participación efectiva de los ciudadanos⁴⁰¹ en todos los ámbitos, garantizar la paz social⁴⁰² y organizar y tutelar la salud pública.⁴⁰³

³⁹⁹ A este respecto podemos destacar a Urías Martínez, J. (2001) “*El valor constitucional del mandato resocializador*”, en Revista Española de Derecho Constitucional, nº 63, Septiembre/Diciembre, en este artículo nos habla más profundamente sobre lo que implica la reinserción a la luz de nuestro texto constitucional.

⁴⁰⁰ De esta forma, también se cumpliría con el artículo 1. 1 de nuestro texto constitucional ahora en análisis cuando dice que “España se constituye en un estado social y democrático de derecho...” Un estado de derecho se configura como un régimen de garantías de derechos individuales y libertades para todos los ciudadanos. Todos los ciudadanos tienen derecho a vivir en paz y para ello, es importante que las personas que sufren puedan recuperarse del daño y los que lo han causado, puedan asumir lo que han hecho para decidir no volver a hacerlo.

Solo así se pueden disfrutar plenamente de los derechos y libertades que reconoce el estado de derecho, sin olvidarnos, que todo derecho lleva aparejado responsabilidades, igual que propugna la justicia restaurativa, cuando dice que el que hace algo mal, tiene la obligación de enmendar o compensar el daño causado.

⁴⁰¹ Así, dice el Art. 9.2: “Corresponde a los Poderes Públicos promover las condiciones para que la libertad e igualdad del individuo y grupo sean reales y efectivos; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”. Una característica de la justicia restaurativa es la promoción del empoderamiento en la línea del texto constitucional favoreciendo la participación de los individuos en todos los ámbitos, incluyendo el penal. Así la STC 11/1981 se refiere a la armonización en la mutua acción Estado – Sociedad que supone el estado social (...) tiene la significación, de legitimar medios de defensa a los intereses y grupos de población socialmente dependientes, y si el estado social no excluye los conflictos penales y no penales, si puede y debe proporcionar los cauces para resolverlos.

⁴⁰² En la misma línea, el Art. 10: “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás, son el fundamento del orden político y de la paz social”. Precisamente un cauce para favorecer y facilitar la cohesión social y por tanto la paz, son las diferentes prácticas restaurativas por su carácter de diálogo y consenso en la toma de decisiones.

⁴⁰³ Por otro lado, el Art. 43.2 establece que: “Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y prestaciones y servicios necesarios”. Los delitos son estresantes y provocan daños que afectan a la salud física y psíquica de las personas, las diferentes prácticas restaurativas son instrumentos que pueden servir para aliviar estos daños y ayudar a las personas a comenzar el camino hacia la “sanación” junto con otros profesionales.

Aunque estas metas no son propias y exclusivas de la justicia restaurativa, y puede parecer un poco forzada su asimilación, es importante entender que la constitución es la norma suprema de ordenamiento jurídico español y hace referencia a una serie de derechos y garantías de todos los ciudadanos que se deben asegurar per se a todos los niveles, lo cual no implica que puedan buscarse más mecanismos para su efectivo cumplimiento.

Por eso entendemos que a través de las diferentes prácticas y programas restaurativos se puede lograr estos objetivos (al menos para los ciudadanos que deben acudir al sistema por haber sufrido o causado un daño calificado como delito) ya que la justicia restaurativa, como hemos visto en la primera parte, precisamente fomenta la participación, el fortalecimiento de los lazos sociales y la mejor atención de las personas que sufren daños, como medida para mejorar su salud física y psíquica y sobre todo calidad de vida.

B) El Código Penal.

Las primeras iniciativas en justicia restaurativa se han estado basando en algunos preceptos del código penal, que, aunque no hablan de ella expresamente, sí tienen en cuenta aspectos básicos, como la reparación del daño.

De esta forma el atenuante de reparación del daño, que analizaré posteriormente, ha sido la pieza clave para la realización de procesos restaurativos, bien entendida esta reparación de una forma amplia y no solo material. Asimismo, existen otros preceptos que dan paso al arbitrio judicial para que el juez pueda decidir sobre la interpretación más correcta y a la posibilidad de dejar abierta la puerta a los acuerdos a los que lleguen las partes. Con la reforma del código penal veremos cómo se incluyó una referencia, pero no a justicia restaurativa sino a mediación. Para comenzar, analizaremos los primeros preceptos que indirectamente pueden relacionarse con la justicia restaurativa o con algunos de sus objetivos:

(a) El atenuante de reparación del daño del artículo 21.5 del Código Penal.⁴⁰⁴

Contempla este artículo un beneficio para el infractor si muestra su voluntad que querer mitigar el daño que ha causado.

⁴⁰⁴ Art. 21. 5 “Son circunstancias atenuantes: la de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral”.

Para la justicia restaurativa, la reparación del daño es una parte esencial del proceso, pero implica que el infractor quiere hacerlo porque ha asumido su responsabilidad, mientras este artículo tan solo contempla una disminución de la pena, si repara el daño antes del juicio, por eso para muchos, este acto a la luz de la justicia tradicional puede ser hecho por el infractor solo por conseguir beneficios jurídicos. Pero la justicia restaurativa, lo que hace es unir esta reparación del daño, a la participación de la víctima en todo el proceso⁴⁰⁵, esto hace que el infractor se concencie y asuma que dañó a otro ser humano, y aprenda que la reparación no es un castigo sino una prestación socialmente constructiva, en definitiva, se trata de hacer lo correcto. Es decir, con esta justicia, este artículo del código penal cobra más sentido y se hace más reparador y eso que según la jurisprudencia contempla la reparación material y moral, igual que la justicia restaurativa, de ahí que las iniciativas de servicios de justicia restaurativa y programas se hayan basado (como hemos comentado) en este precepto del código penal. Por eso, la reparación del daño causado a la víctima⁴⁰⁶, puede consistir, por ejemplo, en procurarle una satisfacción, bien de índole moral, bien de carácter material o indemnizatorio.

Para que esta conducta atenuadora surta efecto, según el código penal, es necesario que se realice antes de la celebración del juicio oral, siendo en principio posible la atenuación para quien realiza la conducta reparadora, una vez señalado el juicio oral pero no celebrado y también en los casos de suspensión de éste, si la conducta se verifica tras el acuerdo de suspensión y antes de la ulterior reanudación⁴⁰⁷.

El artículo 21.5 del código penal no define cuál deba ser el contenido de esa reparación⁴⁰⁸. La Jurisprudencia ha ido perfilando este contenido y los requisitos que debe presentar la reparación y la disminución del daño, para que tengan reflejo atenuatorio, como se verá la propia Jurisprudencia, no descarta la reparación simbólica y por tanto moral.

⁴⁰⁵ En este sentido, García-Pablos, nos habla de la importancia de la participación de la víctima, véase, García-Pablos de Molina, A. (1993) El redescubrimiento de la víctima: victimización secundaria y programas de reparación del daño. La denominada victimización terciaria (el penado como víctima del sistema legal). Cuadernos de Derecho Judicial. P. 287-320.

⁴⁰⁶ Arroyo Zapatero, L y Berdugo Gómez de la Torre, I. (2001) Las víctimas ante el derecho penal. Especial referencia a las vías formales e informales de reparación y mediación. En Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos: "in memoriam", Cuenca. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, P. 443-478.

⁴⁰⁷ A este respecto podemos hacer referencia a Domingo Monforte, J y Peñalosa Torné, C. (2020) "*La atenuante de reparación del daño. Tratamiento legal y jurisprudencial*", en Diario La Ley, núm. 9615. También García San Martín, J. (2011) "*La reparación del daño como circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal*", en Revista de Derecho Penal, núm. 32.

⁴⁰⁸ Nos referimos aquí a este libro porque si bien no habla del artículo 21.5 si contempla aspectos de la reparación del daño enmarcados en torno a la justicia restaurativa que se asemejan al contenido del mismo, Dignan, J. (2000) "*Victims, reparation and the pilot YOTs*" Criminal Law and Justice Weekly, Butterworth.

Además creemos que esta atenuante de reparación del daño tiene su fundamento en una menor dañosidad del delito, porque se va a potenciar la compensación del daño ocasionado a la víctima a través de este comportamiento después de cometido el delito⁴⁰⁹. Entendemos que este reconocimiento a los derechos de la víctima⁴¹⁰ supone en alguna medida, una potenciación de su dignidad, y por tanto se acerca a la justicia restaurativa o al menos a los valores que promueve con su uso. Por todo esto, vamos a analizar algunas características fundamentales de este atenuante para valorar su cercanía con los fundamentos de la justicia restaurativa:

1. **Ha de ser efectiva.** Por ejemplo, consignando las cantidades sustraídas (STS de 17 de octubre de 1998 y STS de 26 de abril de 1999).
2. **Es independiente incluso de la aceptación de la víctima o perjudicado⁴¹¹.** STS 17 octubre 1998: *“En el caso que da origen a este recurso, ha quedado probado que el procesado ahora recurrente, reparó los daños causados por sus delitos, consignando para ello cantidades incluso superiores a las que había sustraído y sin tener en cuenta que dos de los perjudicados, habían renunciado a ser indemnizados”*. Esto ayuda a fomentar la efectiva asunción de responsabilidad del ofensor, ya que no elimina su deber de reparar o mitigar el daño, el hecho de que la persona que lo sufrió diga que no necesita ser reparada. Lo que sí puede suceder es que en lugar de realizar la reparación directamente a la víctima, el ofensor pueda realizar una reparación a la comunidad. En este sentido la STS 21 de octubre 2003 dice: *“Ahora bien, la exigencia de la efectividad de la reparación o disminución de los efectos del delito, teniendo en cuenta lo anterior, no debe entenderse como un requisito necesario para estimar la atenuante [...] Lo que en todo caso, sí es exigible es la plena disponibilidad del autor del delito, según sus propias capacidades y posibilidades, por una parte, y, por otra, la constancia de la potencial utilidad para la víctima de la conducta del mismo, con*

⁴⁰⁹ Muñoz Cuesta, J.C. (1997) *“Reparación o disminución del daño causado”*, en Las circunstancias atenuantes en el Código Penal de 1995, Aranzadi, Pamplona.

⁴¹⁰ Muchos autores entienden que este atenuante, a pesar de lo que pueda parecer, atiende a necesidades de política criminal de dar un papel preponderante a la víctima en consonancia con las corrientes victimológicas (a lo que podemos añadir que la victimología como hemos visto es parte esencial del surgimiento de la justicia restaurativa) en este sentido; destacan Álvarez García F.J. (1997) *“Sobre algunos aspectos de la atenuante de reparación a la víctima (art.21.5º Código Penal)”* en Cuadernos de Política Criminal, núm. 61, pp 253 y ss.; Muñoz Conde, F y García Arán, M. (2007) *“Derecho Penal, Parte General”*, Tirant lo Blanch, Valencia, 8ª edición, pp. 487; Mir Puig, S. (2011) *“Derecho Penal, Parte General”*. Reppertor, Barcelona, 9ª edición, pp. 623 y ss.

⁴¹¹ Pozuelo Pérez, L. (1998) *“Las atenuantes 21.4 y 21. 5º del actual Código Penal”* en Cuadernos de Política Criminal. Núm. 65. Madrid, pp. 408.

independencia de las circunstancias ajenas a la disponibilidad mencionada, es decir, no debe minusvalorarse la conducta del autor, en aras del resultado final siempre y cuando mediante la primera haya desplegado todas las posibilidades a su alcance y el hecho no sea absolutamente irreversible teniendo en cuenta su razonable apreciación.” Por tanto, la Jurisprudencia reconoce que es importante la voluntad del infractor de querer compensar el daño que ocasionó, aunque la víctima no necesite ser reparada o no quiera. En estos casos, podría apreciarse que el infractor⁴¹² se ha responsabilizado por su conducta y quiere reparar porque es lo correcto.

En un proceso de justicia restaurativa, sería perfectamente posible, que la reparación recayera en la comunidad como víctima indirecta de los delitos, si la víctima directa no quiere o no necesita ser reparada. Lo importante de la reparación es la voluntariedad del infractor de querer mitigar el daño, y de reconocer que éste, no simplemente pasó, sino que el provocó que pasara.

3. **Cabe una reparación parcial**, adecuada a la capacidad reparadora del sujeto⁴¹³ (SSTS de 23 de diciembre de 1999, 24 de enero de 2001). Muchos han criticado la justicia restaurativa, precisamente porque aprecian que, si hay capacidad económica en el infractor, éste va a poder cumplir con este requisito, en cambio los que no tengan recursos se verán imposibilitados. Como hemos visto, sin embargo, la reparación no siempre tiene que ser material, puede existir una reparación simbólica y, en todo caso, también cabe la reparación parcial como lo reconoce la Jurisprudencia. Y la justicia restaurativa, añadiría, siempre y en todo caso, que esté de acuerdo la víctima y las circunstancias del infractor, lo aconsejen.
4. **No es necesario que sea integral, pero sí que sea sustancial** (STS de 12 de febrero de 2000) o relevante (STS de 26 de abril de 1999).

Este requisito es congruente con los postulados de la justicia restaurativa, ya que debe ser una reparación que la víctima considere adecuada a sus necesidades, se puede

⁴¹² Sin embargo, el hecho de que se haya separado la reparación del daño de la confesión a las autoridades pareciera indicar que el código penal en este caso, solo se basa en aspectos objetivos y no tiene en cuenta ninguna clase de remordimiento del infractor (a diferencia de lo que propugnaría la justicia restaurativa, para la que la actitud de responsabilización del ofensor sería esencial). En este sentido debe compartirse la doctrina de Joan Baucells el cual afirma que el fundamento de la atenuante estudiada ha ido objetivándose hasta llegar a poder considerar que su principal, por no decir exclusivo, fundamento reside en garantizar los derechos de las víctimas. Lo cual tampoco sería incompatible con algunos aspectos básicos de la justicia restaurativa. Baucells Lladós, J. (2006) *La atenuante de reparación del daño ambiental* tras la ley de responsabilidad ambiental en ANTONI PIGRAU SOLE (coord.) Nuevas perspectivas de la responsabilidad por daños al medio ambiente. Ministerio de Medio Ambiente, Tarragona, pp. 1.

decir, que debe ser importante y suficiente para las víctimas⁴¹⁴. La Jurisprudencia, habla de sustancial en el sentido que sea considerada suficiente a los ojos de la ley, lo cual está bien, pero conjugado con la justicia restaurativa, hace que la reparación sea más adecuada a las verdaderas necesidades de los afectados por el delito cometido.⁴¹⁵

5. **Puede ser simbólica**,⁴¹⁶ como en el caso de una petición de perdón (STS de 8 de noviembre de 1994; STS de 28 de octubre de 1995). En este sentido, *se entendería como reparación simbólica, poner inmediatamente en conocimiento de los agentes de la autoridad la existencia del fuego y colaborar en las tareas de extinción del mismo (SAP de Pontevedra, Sección 4ª, 9 de febrero de 2000); cooperar con la Policía para detener al destinatario de 4,475 Kg. de cocaína que portaba la acusada (STS de 18 de octubre de 1999, núm. 1383/1999; o la actividad de voluntariado que está llevando a cabo en la Asociación “Ciudad Joven”, dado que no existe una víctima concreta (ST 78 del Juzgado de lo Penal nº 4 de Valencia, de 2 de marzo de 2000). También la STS 6 de octubre 1998⁴¹⁷ señala que “cuando el autor realiza un “actus contrarius” de reconocimiento de la norma vulnerada y contribuye activamente al restablecimiento de la confianza en la vigencia de la misma. En tales casos, se dará una reparación simbólica que, por regla general, debería ser admitida en todos los delitos”*. Así pues, cualquier forma de reparación del daño o de disminución de sus efectos, sea por la vía de la restitución, de la indemnización de perjuicios, de la reparación moral o incluso de la reparación simbólica (STS 19 febrero 2001, 30 de abril de 2002, entre otras), puede integrar las previsiones de la atenuante.

⁴¹⁴ Segovia Bernabé, J.L. (2010) “*Mediación penal comunitaria y justicia restaurativa. Perspectiva ética y jurídica*”. En J. L. Segovia Bernabé (Ed.), *Mediación penal y penitenciaria. 10 años en camino*. Madrid: Art&Press. pp. 17-56.

⁴¹⁵ “el acto de reparación debe ser lo suficientemente significativo y relevante, pues no se disminuirá la respuesta punitiva cuando el autor quiera limitar su reparación a un aspecto menor de todos los hechos que se le imputan...” así explican la importancia de que la reparación sea significativa sentencias más modernas como las siguientes; SSTS 362/2019, de 15 de julio; 125/2018, de 15 de marzo; 828/2016, de 3 de noviembre.

⁴¹⁶ Muchos autores han hablado de las reparaciones simbólicas sobre todo en contextos de justicia transicional, así se puede destacar a Beristain, C. (2008) “*Diálogos sobre la reparación: experiencias en el sistema Interamericano de derechos humanos*”. Tomo 2. San José de Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

⁴¹⁷ Nos referimos a esta sentencia porque fue una de las primeras que ayudó a crear los servicios de justicia restaurativa basándonos en el atenuante de reparación del daño y en la concepción amplia que contempla la teoría del actus contrarius a la norma vulnerada pero podemos citar más actuales que siguen la línea de lo mencionado por esta, por ejemplo, SSTS 125/2018, de 15 de marzo; 94/2017, de 16 de febrero; 988/2013, de 23 de diciembre; 545/2012, de 22 de junio; 319/2009, de 23 de marzo; 542/2005, de 29 de abril, entre otras.

La posibilidad de apreciar una reparación simbólica y/o parcial, echa por tierra las críticas que algunos hacen a los procesos restaurativos, en el sentido de entender que los que dispongan de recursos económicos⁴¹⁸, podrán acceder a esta justicia y los más pobres, no podrían.

Esta aceptación de la reparación simbólica permite que se realicen acuerdos en los procesos restaurativos⁴¹⁹, en los que las víctimas solo requieren compromisos del infractor para sentirse reparadas, o simplemente aceptan las disculpas sinceras que surgieron durante el proceso.

En una mentalidad muy legalista, es común pensar que no hay reparación, si el contenido es meramente de tipo moral y simbólico, pero vemos que es aceptado por la Jurisprudencia, con lo que deja de ser algo descabellado y a tenor del propio derecho penal deben ser aceptados.

6. **No se identifica totalmente, con el concepto civil de reparación.** STS 4 febrero de 2000: “*Con relación al artículo 21.5 del Código Penal, el legislador emplea el término reparación en un sentido amplio, más allá de la estricta significación que se deriva del artículo 110 C.P. donde la responsabilidad civil tiene un innegable matiz jurídico civilista. Se trata de procurar ayuda a la víctima, incentivar la reparación. . . satisfacer un interés general que afecta tanto a la comunidad como a los intereses de las víctimas*”. Cf. también STS 2 de diciembre de 2003. Estas sentencias, en consonancia con el espíritu de la justicia restaurativa, reconoce que la reparación no es en sí misma, similar al concepto civil, sino que tiene un sentido amplio⁴²⁰, y trata de compensar no solo a la víctima directa del delito sino también a la comunidad. Esta satisfacción a la comunidad se produce cuando el infractor realiza de forma voluntaria este acto de querer compensar el daño, puesto que de esta forma parece querer asumir y reconocer que el delito, no simplemente pasó, sino que él/ella provocó que pasara.

⁴¹⁸ La reparación económica no siempre es la que cubre las necesidades de las víctimas por eso es importante la participación de la víctima que favorece la justicia restaurativa para que ella pueda decidir qué necesita para sentirse reparada y no siempre será una reparación de tipo material, así Villamar Montos, P. R. (2005) “*La víctima y el proceso penal, en Responsabilidad civil “ex delicto”*”, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, XVI, Madrid.

⁴¹⁹ Alcácer Guirao, R. (2011) “*La mediación penal y la atenuante de reparación. Similitudes y criterios de aplicación*”, en Martínez Escamilla y Sánchez Álvarez (coords.) “*Justicia reparadora, mediación y sistema penal*”, Reus, Madrid, pp. 109-126.

⁴²⁰ Así Nistal Burón, J. (2019) “*La víctima en el derecho penitenciario*”, editorial Tirant lo Blanch dice que “reparar el mal no significa necesariamente y solo, indemnizar a las víctimas, pues si los efectos más perniciosos del crimen son de naturaleza económica, ni la compensación pecuniaria es la única y principal modalidad reparatoria” (p.81).

7. Debe **solicitarse expresamente su aplicación**, no basta presentar sólo el documento de consignación (STS de 23 de diciembre de 1999).
8. **El último párrafo de la STS 6 de octubre de 1998, permite la aplicación no sólo a delitos de resultado, sino también a los de simple actividad**⁴²¹.

Por ejemplo, nada impide aplicársela al traficante, que decide colaborar en la rehabilitación de drogodependientes⁴²² y ello al margen de las atenuantes previstas en el propio tipo privilegiado (art. 376 tanto en la vigente redacción, como in fine según LO 15/2003, que incorpora un tratamiento jurídico específico para el drogodependiente rehabilitado por razones inteligentes de política criminal), o quien ha puesto en peligro la seguridad en el tráfico⁴²³ y decide incorporarse como voluntario a un Centro de Tetrapléjicos, víctimas de accidentes viarios.

Esta sentencia junto con las que permiten la reparación simbólica nos abre la puerta a buscar la reparación del daño, más adecuada a las necesidades de las víctimas y que como comentaba, no siempre son de tipo económico, además permite reconocer que, en los delitos de actividad, la reparación a la víctima puede y debe recaer en la comunidad, como víctima indirecta de todos los delitos. Son muchas las personas que pensaban que, en los delitos de peligro, al no existir una víctima concreta no se podían realizar procesos restaurativos puesto que no había nadie a quién reparar el daño. La justicia restaurativa deja claro que en los delitos hay afectados de forma directa pero también indirectamente, como en estos delitos, y es que todos somos potencialmente futuras posibles víctimas, y por eso, la comunidad puede ser considerada la víctima, en estos casos la Jurisprudencia, ha venido a darnos la razón al corroborar, que es posible una reparación simbólica del daño, como puede ser devolver a la comunidad algo “bueno”, por el “peligro” en que se puso a sus miembros.

⁴²¹ Con respecto a la aceptación de la reparación simbólica se manifiestan las SSTS 125/2018, de 15 de marzo; 988/2013, de 23 de diciembre; 545/2012, de 22 de junio; STS 50/2008, de 29 de enero; 2/2007, de 16 de enero; 216/2001, de 19 de febrero, entre otras muchas. Esta aceptación de la reparación simbólica abre paso a la posibilidad de aplicar el atenuante a delitos que no sean de resultado. Aunque es cierto que otras sentencias como la STS 1013/2002, de 31 de mayo, pone de manifiesto la dificultad de hacer efectivos los efectos exigidos en el art. 21. 5º CP cuando se trata de un delito de peligro.

⁴²² Sobre esta atenuante en relación con el tráfico de drogas podemos citar a Benítez Ortúza, I.F. (2003) “*El “colaborador con la justicia” en materia de delitos relativos al tráfico de drogas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas. Análisis crítico de la presunta figura “premio” del artículo 376 del Código Penal*” pp. 140 ss. y 146 ss. y en “*El colaborador con la justicia. Aspectos sustantivos, procesales y penitenciarios derivados de la conducta del “arrepentido”*” (2004) pp. 98 ss. y 146 ss.

⁴²³ También hay referencias específicas a la reparación en los delitos de terrorismo y por el hecho de pertenencia a banda armada y son también de carácter simbólico, en este sentido destaca Cuerda Arnau, M.ª L. (2004) “*El premio por el abandono de la organización y la colaboración con las autoridades como estrategia de lucha contra el terrorismo en momentos de crisis interna*”. Estudios penales y criminológicos XXV, pp.3-68.

9. **Los baremos de referencia a la hora de estimarla o desestimarla han de ser: las condiciones del culpable y la gravedad de su conducta** ⁴²⁴(STS 29 de septiembre de 1998). En este mismo sentido se han manifestado sentencias más actuales como la STS 332/2019, de 27 de junio; 125/2018, de 15 de marzo; 791/2017, de 7 de diciembre; 119/2014, d 10 de febrero; 57/2014, de 22 de enero; 1006/2006, de 20 de octubre, entre otras muchas.

En este punto, se habla de la necesaria individualización del caso concreto, no todos son iguales, de la misma manera que tal y como dice la justicia restaurativa, cada víctima e infractor son distintos, aunque incluso sean delitos iguales. Asimismo, no sería igual para la justicia restaurativa, el infractor que voluntariamente asume su responsabilidad y se compromete a reparar a la víctima, tras un proceso restaurativo, que el que repara para conseguir beneficios jurídicos y asesorado por su abogado, porque en este último caso, es poco probable que reflexione que, tras el delito, hay un ser humano que ha sufrido un daño y que realmente haya reparado porque piensa que es su obligación o su deber.

10. **Es indiferente la motivación del sujeto** (incluso, cabe que su única motivación sea obtener una ventaja penológica). En este punto, es donde divergen los caminos de la atenuante y de los procesos restaurativos, precisamente la justicia restaurativa, lo que hace es que genera un punto de inflexión en el infractor que le lleva a ver la reparación del daño, no solo como una forma de conseguir un beneficio jurídico, sino que implica un “hacer lo correcto”. No es un castigo. Puede ser que el infractor también comience un proceso restaurativo, guiado por motivos espurios, pero la dinámica del mismo puede hacerle llegar a este punto de inflexión que le haga no querer volver a dañar a otra persona. La jurisprudencia solo tiene en cuenta el hecho fáctico de la reparación, las motivaciones para hacerla son indiferentes a la hora de valorar el atenuante y es cierto, que no podemos saber con seguridad los motivos de los infractores, para el acto de la reparación pero para la justicia restaurativa y a diferencia de la jurisprudencia, es importante que la reparación se haga porque el infractor ha asumido su responsabilidad y ha entendido el “contexto”, es decir que el delito no simplemente pasó.

⁴²⁴ En este sentido muchos autores opinan que la reparación implica una restauración total de la situación antijurídica creada por el delito al momento anterior al mismo, Orts Berenguer, E, Vives Atón, TS y Boix Reig, J. (1996) “*Comentarios al Código Penal de 1995*” en VIVES ANTÓN, T.S (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 211.

11. **Tiene una clara finalidad de revalorizar el papel de la víctima**⁴²⁵ **en el proceso penal:** STS 26 abril 1999⁴²⁶: *“Queda acreditado que ha sido abonado el perjuicio causado, lo que sin duda debió haber exigido la aplicación del art. 21.5 CP, que introducida en el vigente Código Penal constituye un claro exponente de una política criminal orientada a la protección de la víctima. Por un lado, supone un claro indicio de un apartamiento de su actividad delictiva, facilitando el pronóstico de una efectiva reintegración social. De otro lado, se facilita la satisfacción a la víctima*⁴²⁷, *la tradicional olvidada de las grandes construcciones doctrinales del sistema de justicia penal, hasta época reciente, con reconocimiento del protagonismo que le corresponde en todo delito, reconociendo que éste, además de integrar un ataque a bienes jurídicos indispensables para la convivencia en una sociedad democrática a cuya reparación se atiende con la imposición de la pena, supone, también, un ataque a bienes concretos e individuales a los que es preciso dar satisfacción, los de la víctima, de suerte que ésta no se sienta desprotegida ni reducida a la exclusiva condición de testigo de cargo”*.

En la misma dirección, STS 30 de junio de 2003. Poco más se puede añadir, ya que la sentencia es clara y congruente con el espíritu de la justicia restaurativa, pues como se ha visto, ésta surgió para superar el tradicional olvido de la víctima, e incluirla en la gestión del delito como parte esencial, ya que el delito no solo vulnera una norma, sino que genera un daño a las personas, a los miembros de la comunidad.

12. **Cabe ser aplicada como muy cualificada**, con las consiguientes consecuencias a efectos de dosimetría penal (bajar uno o dos grados la pena.) STS 24 de Julio de 2001: *“La conducta revela una asunción de la culpabilidad y un restablecimiento del orden jurídico lesionado por los acusados que disponen sus conductas positivamente a reparar el daño producido. Ello implica el conocimiento del actuar contrario a la norma y una voluntad dirigida al restablecimiento del actuar contrario a la norma y una voluntad dirigida al restablecimiento de su eficacia reparando el mal causado y, en definitiva, solucionando la situación conflictual producida por la conducta*

⁴²⁵ González Vidosa, F. (2001) *“Qué es la ayuda a la víctima?”* Barcelona: Ed. Atelier, pp.25 y ss.

⁴²⁶ Esta línea jurisprudencial se ha seguido en otras sentencias más actuales como por ejemplo SSTS 362/2019, de 15 de julio; 125/2018, de 15 de marzo; 828/2016, de 3 de noviembre; 467/2015, de 20 de julio; 78/2009, de 11 de febrero; 1990/2001, de 24 de octubre, entre otras muchas.

⁴²⁷ Así y referido también a la reparación en el ámbito penitenciario Nistal Burón, J. (2019) *“La víctima en el derecho penitenciario”*, Tirant lo Blanch dice que “la atención a la víctima no es una cuestión de invertir términos, a mayor atención a las víctimas, más represión para el victimario. Es simplemente reconocer que el sistema de ejecución penal tiene que tener en cuenta dos elementos: autor del delito y víctima, y, por consiguiente, aceptar la reparación en dicho marco” (p.82).

delictiva, Procede estimarla como muy cualificada". STS 5 de noviembre de 2003⁴²⁸: "[...] pues la lesión jurídica ha sido plenamente restañada, no sólo devolviendo lo defraudado, sino cuantos daños y perjuicios ocasionó [...]. Lo que permite rebajar en dos grados la pena". También STS 10 de mayo de 2001 et passim. En este caso la Jurisprudencia, sirve de ayuda a los procesos restaurativos, ya que es loable que al infractor que, tras un proceso restaurativos asume el daño que causó y se compromete a reparar o compensarlo, se le aplique el atenuante como muy cualificado.

No es igual este caso, que el infractor que no asume el daño o simplemente no quiere repararlo o compensarlo⁴²⁹.

La justicia restaurativa, en este sentido, reivindica que cada caso ha de ser tratado de forma individual, teniendo en cuenta las circunstancias personales de cada parte, por eso, que se pueda usar el arbitrio judicial, como lo permite la jurisprudencia ante este atenuante, es importante para lograr esta individualización.

13. **Es compatible con la atenuante de confesar la infracción a la autoridad del art. 21,4 CP** "pues aun tratándose de comportamientos post delictuales, se refieren a conductas distintas que exigen una distinta atenuación y obedecen a razones de política criminal que el legislador plasma en el Código Penal" (STS 23 de enero de 2001). *Se puede entender que una parte es el hecho de la reparación del daño y otra que el infractor, asuma que ha cometido un delito y lo confiese*. Para la Jurisprudencia y el derecho penal, los motivos no hace falta que sean sinceros, los procesos de justicia restaurativa parten de estas premisas⁴³⁰ pero propugnan que surgen tras el proceso restaurativo y porque el infractor ha llegado al remordimiento, una voluntad en el infractor de querer reparar y confesar que fue él, el que causó el daño. La justicia restaurativa valora el elemento emocional y las motivaciones que finalmente llevan al infractor a compensar el daño y asumir su responsabilidad, precisamente porque será esencial para que finalmente decida que no quiere volver a delinquir.

⁴²⁸ En el mismo sentido de apreciar la posibilidad de aplicarla como muy cualificada existen otras sentencias como la STS 347/2015, de 11 de junio; 708/2014, de 6 de noviembre; 1390/2011, de 27 de diciembre; 136/2007, de 8 de febrero, entre otras.

⁴²⁹ Podría decirse que el atenuante cumple la función de prevención, muchos autores han hablado de los fines de las penas y lo han asociado con la reparación del daño y la prevención general y especial, a este respecto podemos nombrar a Mir Puig, S. (2011) "Derecho Penal, Parte General" Reppertor, Barcelona, 9º edición, pp. 81-87.

⁴³⁰ Algunos autores ya han hablado de la relación entre la justicia restaurativa y el mayor grado de desistimiento de infractores, que han participado en un proceso de estas características, por tanto, la motivación por la que realizan la reparación del daño sí sería esencial para esta justicia, véase Maruma, S y Farrall, S. (2004) "Desistance from crime: a theoretical reformulation". Koelner Zeitschrift fur Soziologie und Sozialpsychologie, nº43, pp. 171-194.

Somos conscientes que puede resultar utópico pero los procesos restaurativos, se revelan como un punto de inflexión para muchos infractores, en su camino hacia el desistimiento del delito.

14. **Debe ser aplicada con generosidad y gradualidad.** STS 30 de junio de 2003 establece doctrina general: “A) *La atenuante que nos ocupa debe ser interpretada con la mayor flexibilidad, en el sentido de no poner cortapisas a la actitud reparadora del sujeto agente. B) La atenuación deberá ser objeto de matices y gradaciones al objeto de señalar la intensidad atenuatoria de la misma, diversificando situaciones. [...] Indudablemente, tampoco podría considerarse de igual manera la restitución total, incluso con daños y perjuicios, que la que se hace parcialmente. La atenuación abarca a ambas posibilidades (intensidad de la restitución). [...] También es posible aquilatar el grado de dañosidad ocasionado y después reparado, desde el punto de vista de la víctima. [...]. En el plano de los principios y por constituir materia del motivo que estudiamos, deberían quedar fuera de la posible estimación los siguientes supuestos: A) Las reparaciones ilusorias o aparentes, sin apenas efectividad [...] B) Junto a este supuesto deben añadirse los actos de reparación teñidos de ilicitud”.*

Una vez más la jurisprudencia acude a la individualización de cada caso, algo congruente también con el espíritu y la propia esencia de la justicia restaurativa.

Respecto de quién debe realizar la reparación, debe ser el autor de la infracción (o un tercero en su nombre siempre y cuando la misma se realice por orden y cuenta del sujeto activo, ante la imposibilidad por su parte de llevar a cabo dicha conducta).

En los casos de sustitución y suspensión de la ejecución de la condena, se atenderá al esfuerzo realizado para reparar el daño (artículos 88.1 y 80 y siguientes del Código Penal): En el caso de la sustitución, tanto para penas de prisión, que no excedan de un año como para las que no excedan de dos, se tendrá en cuenta "el esfuerzo realizado para reparar⁴³¹ el daño causado (...)".

A los efectos de la suspensión del artículo 80, párrafo segundo, cuando se hace referencia a la previa audiencia de las partes, estas (si ha existido un proceso de justicia restaurativa) lo pondrán de manifiesto.⁴³²

⁴³¹ Son muchas las referencias a la reparación del daño como uno de los fines de la pena además del mencionado Roxin podemos citar a Peters, T y Neys, A. (1994) “*La pena considerada desde una perspectiva de reparación*”, Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de criminología, Nº8, pp165-197.

⁴³² Sobre la suspensión y la sustitución podemos citar a Almenar Berenguer, M. (2006) “*Apuntes sobre algunos problemas prácticos que suscita la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad,*

(b) El atenuante de confesión del artículo 21.4 del Código Penal.⁴³³

El elemento subjetivo de ambas atenuantes (art.21.4 y 21.5) es similar: cooperar ⁴³⁴con la administración de justicia o realizar actos tendentes a disminuir el daño causado, sin que se valoren cuáles sean los motivos que ha llevado al autor a esa reparación.

Elemento objetivo de la atenuante del artículo 21.4 (la confesión de la infracción a las autoridades): con relación al elemento cronológico, Alonso Fernández⁴³⁵(2002) entiende que existirán tres supuestos, “que se mueven temporalmente desde la comisión del delito hasta que efectivamente, un procedimiento se dirige contra una persona determinada, y en los tres supuestos, la confesión realizada será, cronológicamente hablando, válida:

- (a) Confesión realizada a partir de la comisión del hecho delictivo y antes de que se haya incoado procedimiento alguno.
- (b) Confesión realizada encontrándose ya abierto un procedimiento, en el que todavía no se haya determinado el culpable, o equivocadamente se dirija contra persona no responsable de delito.
- (c) Confesión realizada encontrándose un procedimiento en marcha, y que se dirija contra el auténtico responsable de la infracción, pero que éste desconozca tal hecho, en el momento de emitir su confesión” (p.22 y ss.).

Con relación al contenido del concepto, “procedimiento judicial”, la mayor parte de la jurisprudencia⁴³⁶ entiende que es el que se inicia con la instrucción del atestado por parte de los funcionarios policiales, dado que es el que hace nacer el proceso judicial y forma parte de este. Por lo que respecta al contenido de la confesión: debe ser total, auténtica, veraz y sin ocultar datos que perjudiquen al confesante.

con especial referencia a la incidencia de las últimas reformas de la parte general del Código Penal”, Ed. El Derecho Editores, Diario de Jurisprudencia El Derecho n.º 2272.

⁴³³ Artículo 21. 4: “Son circunstancias atenuantes: la de haber procedido el culpable, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él, a confesar la infracción a las autoridades”.

⁴³⁴ Este acto de cooperación podría entenderse como una reparación simbólica de lo que ya hemos hablado.

⁴³⁵ Alonso Fernández, JA. (2002) “*Las atenuantes de confesión de la infracción y reparación o disminución del daño: interpretación jurisprudencial y doctrinal de las v circunstancias del artículo 21.4 y 21.5 del código penal*”. España. Editorial SA Bosch.

⁴³⁶ En la expresión «dirigir el procedimiento contra el culpable» debe entenderse en el sentido de que las diligencias policiales deben incluirse dentro del término procedimiento, dado que forman parte de él y de no interpretarse de este modo perdería su razón de ser la atenuación. El término «dirigir» debe entenderse en el sentido de poseer datos suficientes para poder identificar al autor del hecho; de ahí que la atenuación tendrá virtualidad cuando la identidad del autor del hecho delictivo se desconozca y dicho autor lo haga saber a las autoridades encargadas de la investigación, como decimos, todavía ignorantes de la autoría del delito (164/2006, de 22 de febrero, 1009/2006, de 18 de octubre, 1057/2006, de 3 de noviembre, 1071/2006, de 8 de noviembre, 1145/2006, de 23 de noviembre, 1168/2006, de 29 de noviembre, 159/2007, de 21 de febrero, 179/2007, de 7 de marzo y 544/2007, de 21 de junio), 738/2009, de 8 de julio.

Como ya se ha comentado, para la jurisprudencia y la doctrina penal, los motivos son indiferentes, mientras que la justicia restaurativa, parte de la premisa de que, aunque al principio pueden ser motivos no sinceros, finalmente el infractor durante el proceso verá el impacto que el delito ha tenido en otra persona, y esto lo llevará a asumir y responsabilizarse de su conducta por motivos más sinceros.

(c) Atenuante por analogía del artículo 21.7 del Código Penal.⁴³⁷

Este artículo nos parece interesante porque nos puede permitir modular la aplicación del código penal adaptándolo a las circunstancias sociales de cada momento histórico. Lo esencial primero sería delimitar qué es analogía a este respecto, podemos decir que implica la aplicación de una norma a un supuesto que no se encuentra inicialmente previsto en su significado jurídico, pero que comparte una serie de similitudes con otro caso recogido por la disposición normativa, posibilitando esta cercanía fáctica su inclusión en el ámbito de aplicación de la norma.⁴³⁸ La importancia deviene en que estamos ante un supuesto tan abierto que permitiría su aplicación en casos muy diversos.

Así las cosas, el punto de partida para el uso de la analogía⁴³⁹ es la existencia de una identidad estructural respecto de un supuesto de hecho regulado en el ordenamiento jurídico penal, y otro que no se encuentra contenido en éste, dada la ausencia de regulación legal.

El artículo en concreto dice: “Cualquier otra circunstancia de análoga significación que los anteriores”. No se trata de analogía en las circunstancias, como en el código de 1870 sino de analogía en la significación, es decir, circunstancias que aun no siendo análogas atendiendo a los hechos que las constituyen, lo son en cuanto deben suponer una disminución de la culpabilidad o la antijuridicidad.

⁴³⁷ Artículo 21.7 son circunstancias atenuantes: «Cualquier otra circunstancia de análoga significación que las anteriores».

⁴³⁸ Correcher Mira, J. (2020) “La aplicación de la atenuante de análoga significación en supuestos de imputabilidad disminuida: ludopatía, piromanía y cleptomanía”. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, nº 22-07, pp. 1-40. Recuperado de <http://criminet.ugr.es/recpc/22/recpc22-07.pdf>.

⁴³⁹ El concepto de laguna legal es definido por Mir Puig como “caso no alcanzado por la letra de la ley, pero que, por su analogía respecto de otros casos sí regulados, ésta hubiese querido alcanzar y por olvido no lo ha hecho”. Mir Puig, S. (1978) “Introducción a las bases del derecho penal”, Bosch, Barcelona, pp. 317.

En este sentido para no dejar una puerta abierta a su uso discriminado la Sentencia del Tribunal Supremo N.º 104/2011 de 1 de marzo de 2011 establece para que una circunstancia pueda ser estimada como atenuante por analogía, que “ha de atenderse a la existencia de una semejanza del sentido intrínseco entre la conducta apreciada y la definida en el texto legal, desdeñando a tal fin meras similitudes formales y utilizándolo como un instrumento para la individualización de las penas, acercándolas así al nivel de culpabilidad que en los delincuentes se aprecie, pero cuidando también de no abrir un indeseable portillo que permita, cuando falten requisitos básicos de una atenuante reconocida expresamente, la creación de atenuantes incompletas que no han merecido ser recogidas legalmente”.

Por tanto, este último artículo a modo de cierre permitiría aplicar cualquier causa de atenuación de la responsabilidad penal aun cuando no se encuentre prevista en el listado anterior, siempre que pueda apreciarse una significación análoga a las restantes circunstancias que le sirven de modelo y límite.⁴⁴⁰ Para Orts Berenguer⁴⁴¹ estas atenuantes ya suponen per se, la “máxima individualización en la imposición de la pena” y en este caso el artículo 21.7 supone la máxima expresión a esta individualización con el propósito de no generar desigualdad a la hora de aplicar el código penal.

Ni que decir tiene que implica una atenuación del binomio delito pena en aras a generar una aplicación más cercana al caso concreto, algo que como se ha venido observando plantea la justicia restaurativa como esencial al determinar la importancia de reducir el binomio delito pena para centrarnos más en la reparación del daño. La STS 865/2005 (FJ 7º), con una enumeración de las categorías donde pueden apreciarse circunstancias atenuantes por analogía ex. art. 21.7 CP: “a) en primer lugar, aquellas que guarden semejanza con la estructura y características de las cinco atenuantes restantes del art. 21 del Código Penal; b) en segundo lugar, aquellas que tengan relación con alguna circunstancia eximente y que no cuenten con los elementos necesarios para ser consideradas como eximentes incompletas; c) en un tercer apartado, las que guarden relación con circunstancias atenuantes no genéricas, sino específicamente descritas en los tipos penales; d) en cuarto lugar, las que se conecten con algún elemento esencial definidor del tipo penal, básico para la descripción e inclusión de la conducta en el Código

⁴⁴⁰ Otero González, P. (2003) “*La circunstancia atenuante análoga en el Código penal de 1995*”, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 35.

⁴⁴¹ Orts Berenguer, E. (1978) “*Atenuante de análoga significación*”, Instituto de Criminología y Departamento de Derecho penal, Universidad de Valencia, pp. 54.

Penal, y que suponga la «ratio» de su incriminación o esté directamente relacionada con el bien jurídico protegido; e) por último, aquella analogía que esté directamente referida a la idea genérica que básicamente informan los demás supuestos del art. 21 del Código Penal, lo que, en ocasiones, se ha traducido en la consideración de atenuante como efecto reparador de la vulneración de un derecho fundamental”.

Una vez examinados los presupuestos que la jurisprudencia considera que son necesarios para poder aplicar esta atenuante por analogía, vemos que la interpretación que se hace para su posible uso es extensiva. Y en base a esto podríamos decir por ejemplo, cualquier conducta reparadora, que se lleve a cabo fuera de esos momentos procesales a los que se refieren los artículos 21.4 y 21.5 del C.P. podrá ser valorada ante instancia superior como una atenuante analógica (artículo 21.7 del código penal). Además según el apartado a) de la sentencia anteriormente mencionada y dado que tomar parte en un proceso de justicia restaurativa tiene semejanzas en cuanto a estructura con otras atenuantes como la de reparación del daño, se podría pensar en tener en cuenta esta posibilidad⁴⁴² como una atenuante por analogía.

Creemos que más allá de la reparación del daño, el participar en un proceso restaurativo conlleva más aspectos de otras atenuantes como la confesión y algunos matices que podrían tener una entidad propia y suficiente para ser considerada atenuante por analogía, pero siempre partiendo de que su estructura no difiere esencialmente de los atenuantes con las que comparte similitudes. Esto supondría una puerta abierta al principio de oportunidad para individualizar la pena en determinados casos y circunstancias, especialmente si se trata de delitos de menor gravedad. Sin embargo, los que conocemos los procesos restaurativos en la práctica, pensamos que el saber que es una atenuante en sí mismo, puede hacer que muchos infractores quieran participar por conseguir alguna ventaja penológica y así puede desvirtuarse los efectos beneficiosos⁴⁴³, que tienen los procesos restaurativos, en sí mismos.

⁴⁴² Podría considerarse e incluso en la práctica se suele utilizar el hecho de participar en un proceso restaurativo como atenuante por analogía, incluso sería valorable introducir un epígrafe más hablando expresamente de participar en un proceso restaurativo como una posible atenuante más junto los que hemos visto y otros más. Sin embargo, se plantean dudas acerca de la pérdida de eficacia de la justicia restaurativa si se contempla expresamente y, sobre todo, se podría generalizar la idea de que es una justicia “blanda”. Wright, M. (1996) “*Justice for Victims and Offenders. A Restorative Response to Crime*”, 2ª Edición, Winchester, Estados Unidos. Editorial Waterside Press, pp. 136.

⁴⁴³ Walgrave, L. (2001) “*On restoration and punishment: favourable similarities and fortunate differences*”. En A. Morris & G. Maxwell (Eds.) “*Restorative justice for juveniles. Conferencing, mediation & circles*” Oxford-Portland, Oregon: Hart, pp. 17-37.

Existen a lo largo del código penal otros artículos que dejan al arbitrio judicial la suspensión⁴⁴⁴ o sustitución de la pena e incluso la extinción de la responsabilidad criminal en determinadas circunstancias⁴⁴⁵, en estos casos, si bien no hablan directamente de justicia restaurativa, también pueden ser la forma de dar solución legal al hecho de que las partes hubiera participado en un proceso restaurativo. Una vez más vemos que la ley y en concreto, en este caso, el código penal tiene instituciones y mecanismos que posibilitan la inclusión de los resultados del proceso restaurativo dentro del sistema penal. Incluso vemos que la reparación del daño a la víctima se valora muy positivamente en diversos artículos de este código, así como de la ley general penitenciaria⁴⁴⁶, lo que indica, que finalmente la víctima siempre está en la mente del legislador, aunque no aparezca de forma directa, sí indirectamente, a través de la necesidad de atender sus necesidades como la reparación.

⁴⁴⁴ El artículo 80.2 dice” ...para dejar en suspenso la ejecución de la pena, las siguientes: 1.ª Que el condenado haya delinquido por primera vez. A tal efecto no se tendrán en cuenta las anteriores condenas por delitos imprudentes o por delitos leves, ni los antecedentes penales que hayan sido cancelados, o debieran serlo con arreglo a lo dispuesto en el artículo 136. Tampoco se tendrán en cuenta los antecedentes penales correspondientes a delitos que, por su naturaleza o circunstancias, carezcan de relevancia para valorar la probabilidad de comisión de delitos futuros.

2.ª Que la pena o la suma de las impuestas no sea superior a dos años, sin incluir en tal cómputo la derivada del impago de la multa.

3.ª Que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieren originado y se haya hecho efectivo el decomiso acordado en sentencia conforme al artículo 127.

Este requisito se entenderá cumplido cuando el penado asuma el compromiso de satisfacer las responsabilidades civiles de acuerdo con su capacidad económica y de facilitar el decomiso acordado, y sea razonable esperar que el mismo será cumplido en el plazo prudencial que el juez o tribunal determine. El juez o tribunal, en atención al alcance de la responsabilidad civil y al impacto social del delito, podrá solicitar las garantías que considere convenientes para asegurar su cumplimiento”. Como podemos ver la nueva regulación tras la reforma del 2015 otorga al tribunal un margen discrecional más amplio, aunque continúa siendo potestativa la decisión de otorgar la suspensión.

⁴⁴⁵ A este respecto el Art. 130.5: La responsabilidad criminal se extingue:

Por el perdón del ofendido, cuando se trate de delitos leves perseguibles a instancias del agraviado o la ley así lo prevea. El perdón habrá de ser otorgado, de forma expresa antes de que se haya dictado sentencia, a cuyo efecto el juez o tribunal sentenciador deberá oír al ofendido por el delito antes de dictarla. Primero, hay que tener en cuenta, que el perdón no es un objetivo de la justicia restaurativa, sin embargo, los procesos restaurativos son en sí mismos sanadores, y es común, que este pedir perdón y este perdonar, surja de forma espontánea durante las reuniones. Por eso, si bien directamente no tiene que ver con la justicia restaurativa el perdón, si puede ser un beneficio colateral y el acuerdo al que lleguen las partes tras un proceso restaurativo, puede incardinarse dentro de este artículo, si finalmente, el perdón ha surgido dentro del acuerdo y el delito lo permite.

⁴⁴⁶ Ya hemos visto que una de las características del sistema penitenciario es el de “individualización científica” que según Nistal Burón, J. (2019) “*La víctima en el derecho penitenciario*”, editorial Tirant lo Blanch, “vino a superar la rigidez que caracterizaba el sistema progresivo. Este nuevo sistema se fundamenta en dos elementos básicos: el tratamiento penitenciario y la clasificación en grados y tiene como especificidad más destacable el enorme margen de flexibilidad...” (p.54). También podemos citar a Mapelli Caffarena, B. (1983) “*Principios fundamentales del sistema penitenciario español*”, Bosch, Barcelona y García Valdés, C. (2003) “*Estar mejor y salir antes: premios y beneficios condicionados a la conducta del recluso en la legislación penitenciaria del siglo XIX y principios del XX*”, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Vol. LIV.

En lo que podría ser diferente, es en cómo entendemos esta reparación; para la ley penal y penitenciaria es más de tipo material, sabemos que el derecho penal contempla la reparación moral pero generalmente se traduce en dinero y en concreto en lo que se piensa que la víctima necesita. Pero realmente creemos que en general, no se da la oportunidad de escuchar directamente a la víctima acerca de sus necesidades reales; por el contrario para la justicia restaurativa tal y como hemos visto, lo esencial es dar este espacio a la víctima para pensar qué necesita para sentirse reparada.

(d) La suspensión de la ejecución de la pena del artículo 84.1 del Código Penal.⁴⁴⁷

Tras la reforma del código penal del 2015, se incluyó un apartado, en el que ya directamente se condicionaba la suspensión de la ejecución de la pena, a que se cumpliera el acuerdo alcanzado tras un proceso de mediación. Se prevé por tanto que los acuerdos alcanzados en mediación puedan condicionar la suspensión de la pena, permitiendo por ejemplo la no entrada en prisión; con ello se refuerza y garantiza el cumplimiento del acuerdo alcanzado en mediación y, por tanto, la satisfacción de los intereses de la víctima, y a la vez evita que se pueda acudir a mediación con el propósito de retrasar los efectos jurídicos de la sentencia pero sin intención de cumplir lo pactado. El problema que plantea el artículo es a qué mediación se está refiriendo el legislador ya que no especifica realmente, entendemos que del contexto se puede inferir que se trata de la mediación penal, que implica una reunión víctima-ofensor para dialogar sobre los daños generados tras el delito. Sin embargo, en nuestra opinión este artículo se ha quedado a medio camino, ya que la mediación penal no está contemplada como tal y sin embargo, el Estatuto de la víctima ya hace mención expresa a la justicia restaurativa⁴⁴⁸, sin reducirlo solo a mediación. Sin embargo, el legislador ha confundido los términos. No obstante, y puesto que el Estatuto, como hemos dicho, ya estaba aprobado en la época de la reforma, se ha de entender por coherencia con esta ley, que proviene de una directiva europea, que el art.84.1 habla de condicionar la suspensión hasta ver si se cumple el acuerdo al que han llegado las partes tras un proceso restaurativo, sea de mediación penal o cualquier otro.

⁴⁴⁷ Artículo 84.1: “El juez o tribunal también podrá condicionar la suspensión de la ejecución de la pena al cumplimiento de alguna o algunas de las siguientes prestaciones o medidas: 1. ^a El cumplimiento del acuerdo alcanzado por las partes en virtud de mediación”.

⁴⁴⁸ Es cierto que el Estatuto de la víctima hace referencia a la justicia restaurativa, y en su exposición de motivos habla del desequilibrio del que se parte con esta justicia y que precisamente es la diferencia esencial con respecto a la mediación, sin embargo, en su articulado vuelve a confundir y equiparar justicia restaurativa y mediación. Por eso, consideramos que sería deseable que el legislador entienda que la mediación penal es solo una forma de poner en la práctica la justicia restaurativa pero que su enfoque es radicalmente diferente a la mediación en otros ámbitos.

Vemos ya referencias imperfectas, pero referencias a las posibilidades de los procesos restaurativos dentro del proceso penal tradicional.

Aunque es cierto que no siempre y priori la justicia restaurativa, tendrá reflejo en un beneficio jurídico para el infractor, todo dependerá de la entidad de delito cometido. La justicia restaurativa, siempre tendrá beneficios para víctima e infractor, pero en ocasiones si el delito es más grave, los beneficios para el victimario serán más de tipo moral⁴⁴⁹, puesto que lo que haremos con el proceso restaurativo, es ayudarlo a ver que ha causado un daño, y darle la oportunidad de poner remedio o al menos compensar este daño.

En estos casos, los beneficios jurídicos no se concederán por el mero hecho de participar en el proceso restaurativo, sino que dependerá de lo que la legislación diga en ese supuesto concreto y de su evolución tras el delito: si reincide o no, si tiene pronóstico favorable de reinserción, si su responsabilización parece sincera y cumple con lo acordado, ...etc.

En todos estos artículos del código penal, lo que queda de manifiesto es que se apuesta por la individualización del caso concreto, y permite modular las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad, así como su cumplimiento atendiendo determinadas circunstancias.

Es una muestra de que las leyes permiten suavizar su rigidez en algunos casos; estos artículos junto con la justicia restaurativa pueden resultar con más sentido de cara al ciudadano y a las víctimas, ya que no se tendrá solo en cuenta los hechos fácticos para conceder estos beneficios, sino que se va a valorar su actitud responsable de respeto para con las víctimas, al haber participado en un proceso restaurativo y haber enfrentado las consecuencias de sus acciones, escuchando la historia de las víctimas.

Aunque entendemos que para el derecho penal la actitud o motivación del ofensor no es relevante, para muchas víctimas que el ofensor se responsabilice de sus acciones es importante por lo que los procesos restaurativos unidos al sistema tradicional pueden suponer un plus de satisfacción, si bien no para todas las personas, al menos para muchas de ellas.

⁴⁴⁹ Podría considerarse en delitos graves un complemento a los programas de tratamiento existentes, de ahí la importancia de los programas restaurativos dentro de las prisiones a tal efecto, una de las conclusiones de esta investigación será la propuesta de un programa de justicia restaurativa a realizar dentro de los centros penitenciarios.

De esta forma, la concesión de estos beneficios no va a suponer una revictimización⁴⁵⁰ para la víctima porque ya estarán informadas de todo y ellas se sentirán vindicadas, al haber podido obtener respuestas a sus preguntas, y ver que sus necesidades han sido atendidas por el propio infractor.

Pero se debe insistir que no es por el mero hecho de participar en un proceso restaurativo por lo que el infractor va a obtener beneficios jurídicos, sino que el infractor los podrá obtener porque la ley ya los contempla. Sin embargo, con la justicia restaurativa adquirirán más sentido y se podrían llegar a otorgar como ya hemos visto, con mayores garantías, si bien para no todas las víctimas para muchas de ellas, para la comunidad y para el propio sistema de justicia.

(e) Los trabajos en beneficio de la comunidad.

Son también una fórmula que contemplan nuestras leyes, en especial el código penal y que igualmente nos pueden ayudar a trasladar el resultado de un proceso restaurativo a la realidad jurídica, especialmente en aquellos delitos que no tienen víctima determinada o por ejemplo cuando la víctima no desea ser reparada o realmente no quiere o no está preparada para participar. De esta forma estos trabajos en beneficio de la comunidad podrían considerarse como una forma de reparación del daño⁴⁵¹. Así lo corroboran autores como Nistal Burón⁴⁵² “La reparación del daño causado podría llevarse a cabo por otros mecanismos más allá de lo que supone una simple reparación civil o resarcimiento económico, ello sería posible en nuestro ordenamiento jurídico a través de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad.”⁴⁵³

⁴⁵⁰ Referida aquí a la victimización secundaria que es la que sufren las víctimas por el contacto con el sistema legal, fruto de la experiencia negativa que tienen al relacionarse con la “maquinaria judicial” como puede ser jueces, fiscales, policías... a este respecto nos gustaría volver a destacar a García-Pablos de Molina, A. (1993) “*El redescubrimiento de la víctima: victimización secundaria y programa de reparación del daño, la denominada “victimización terciaria (el penado como víctima del sistema legal)”*”. En la “Victimología” Cuadernos de derecho judicial, nº15, editado por el Consejo General del Poder Judicial.

⁴⁵¹ En este mismo sentido de considerar los trabajos como forma de reparar el daño, Escudero García afirma que los trabajos en beneficio de la comunidad “buscan reparar aquel sector de la sociedad afectado por la infracción penal, así como potenciar el efecto rehabilitador al confrontar al penado con consecuencias análogas a las producidas por la infracción cometida, pudiendo esto facilitar la reflexión y la asunción de responsabilidad por el daño cometido, a la vez que permite la resocialización, y rebaja las posibilidades de reincidencia delictiva”: Escudero García, A. (2015) “*Los trabajos en beneficio de la comunidad en España: recorrido normativo y características esenciales*” en La Toga, Nº190, pp.55-57.

⁴⁵² Nistal Burón, J. (2019) “*La víctima en el derecho penitenciario*”, Tirant lo Blanch, pp95-96.

⁴⁵³ El artículo 49 del código penal se ocupa de los trabajos en beneficio de la comunidad y dice: Los trabajos en beneficio de la comunidad, que no podrán imponerse sin el consentimiento del penado, le obligan a

El Código Penal de 1995 introdujo la pena de trabajos en beneficio de la comunidad como alternativa a las penas cortas de prisión, siendo una pena menos aflictiva que permite al penado compaginar su trabajo habitual con el cumplimiento de esta pena al poder desarrollarla en su tiempo de ocio y sin abandonar su entorno familiar; y para la sociedad se conseguía un real efecto reparador y resocializador.⁴⁵⁴

Esta actividad⁴⁵⁵, según el Ministerio de Interior, Secretaría General de Instituciones penitenciarias implica lo siguiente: *“Los Trabajos en beneficio de la comunidad son una pena privativa de derechos. Su imposición requiere el consentimiento del penado y le obliga a prestar su cooperación no retribuida en determinadas actividades de utilidad pública. El trabajo en beneficio de la comunidad será facilitado por la Administración estatal, autonómica o local que, a tal fin, podrán establecer los oportunos convenios entre sí o con entidades públicas o privadas que desarrollen actividades de utilidad pública, debiendo remitir mensualmente a la Administración Penitenciaria la relación de plazas*

prestar su cooperación no retribuida en determinadas actividades de utilidad pública, que podrán consistir, en relación con delitos de similar naturaleza al cometido por el penado, en labores de reparación de los daños causados o de apoyo o asistencia a las víctimas, así como en la participación del penado en talleres o programas formativos o de reeducación, laborales, culturales, de educación vial, sexual y otros similares. Su duración diaria no podrá exceder de ocho horas y sus condiciones serán las siguientes:

1.^a La ejecución se desarrollará bajo el control del Juez de Vigilancia Penitenciaria, que, a tal efecto, requerirá los informes sobre el desempeño del trabajo a la Administración, entidad pública o asociación de interés general en que se presten los servicios.

2.^a No atentará a la dignidad del penado.

3.^a El trabajo en beneficio de la comunidad será facilitado por la Administración, la cual podrá establecer los convenios oportunos a tal fin.

4.^a Gozará de la protección dispensada a los penados por la legislación penitenciaria en materia de Seguridad Social.

5.^a No se supeditará al logro de intereses económicos.

6.^a Los servicios sociales penitenciarios, hechas las verificaciones necesarias, comunicarán al Juez de Vigilancia Penitenciaria las incidencias relevantes de la ejecución de la pena y, en todo caso, si el penado:

a) Se ausenta del trabajo durante al menos dos jornadas laborales, siempre que ello suponga un rechazo voluntario por su parte al cumplimiento de la pena.

b) A pesar de los requerimientos del responsable del centro de trabajo, su rendimiento fuera sensiblemente inferior al mínimo exigible.

c) Se opusiera o incumpliera de forma reiterada y manifiesta las instrucciones que se le dieran por el responsable de la ocupación referidas al desarrollo de la misma.

d) Por cualquier otra razón, su conducta fuere tal que el responsable del trabajo se negase a seguir manteniéndolo en el centro.

Una vez valorado el informe, el Juez de Vigilancia Penitenciaria podrá acordar su ejecución en el mismo centro, enviar al penado para que finalice la ejecución de la misma en otro centro o entender que el penado ha incumplido la pena.

En caso de incumplimiento, se deducirá testimonio para proceder de conformidad con el artículo 468.

7.^a Si el penado faltara del trabajo por causa justificada no se entenderá como abandono de la actividad. No obstante, el trabajo perdido no se le computará en la liquidación de la condena, en la que se deberán hacer constar los días o jornadas que efectivamente hubiese trabajado del total que se le hubiera impuesto.

⁴⁵⁴ Fernández Aparicio, J.M. (2010), "Aspectos prácticos de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad", en La Ley Penal, Sección Práctica Penal, Nº75, pp.2 y ss.

⁴⁵⁵ Secretaria general de instituciones penitenciarias "los trabajos en beneficio de la comunidad" (2017). Recuperado de <http://www.institucionpenitenciaria.es/web/portal/PenasyMedidasAlternativas/tbc.html>

disponibles en su territorio. Los trabajos en beneficio de la comunidad tendrán una finalidad de utilidad pública, y podrán consistir en labores de reparación de los daños causados o de apoyo y asistencia a las víctimas; o de participación del penado en los talleres o programas formativos o de reeducación, laborales, culturales, de educación vial, sexual y otros similares”.

La persona sometida a esta medida está obligada a invertir un determinado tiempo en el desarrollo de la tarea que se le ha asignado. Entre las muchas ventajas que aporta este tipo de sanción cuenta con la de ser una medida igualitaria que se cumple en libertad y evita por tanto la ruptura con la vida familiar, laboral y social del penado, además de promocionar valores como la solidaridad, la responsabilidad y el bien común. Como se puede ver, la idea de esta medida es devolver a la sociedad algo bueno por lo mal que hicieron en el pasado, se trataría de una reparación a la comunidad en conjunto, como víctima indirecta de todos los delitos. Para que fuera restaurativa tendría que ser un trabajo en beneficio de la comunidad que tuviera relación directa con el delito cometido y le diera la oportunidad de reflexionar sobre los posibles daños causados a su víctima o víctimas⁴⁵⁶. Los trabajos en beneficio de la comunidad son una medida de sanción alternativa a la privativa de libertad⁴⁵⁷, es decir tiene el enfoque punitivo, y aunque es teóricamente voluntario, sí es cierto que se plantea como alternativa a la pena privativa de libertad, por tanto muchas personas ofensoras decidirán realizar estos trabajos de una forma cuasi obligatoria al tener la otra opción mucho más gravosa para ellos. En este sentido, Brandariz⁴⁵⁸ afirma que “La exigencia del mencionado consentimiento no impide la consideración del trabajo en beneficio de la comunidad como una pena. No implica que el reo pueda elegir voluntariamente la consecuencia jurídica de su infracción, se trata simplemente de un mecanismo garantista que impide que la imposición forzosa del trabajo en beneficio de la comunidad vulnere los derechos fundamentales del penado y que obliga a articular un mecanismo de regreso a la pena sustituida por el trabajo en beneficio de la comunidad o la imposición de otra sanción, en su caso ante la falta de consentimiento”.

⁴⁵⁶ Para entender mejor esto, podemos poner un ejemplo, una persona condenada por tráfico de drogas podría realizar trabajos en beneficio de la comunidad con personas sin hogar, muchas de ellas lo han perdido todo por sus adicciones, así podría pensar el riesgo en el que las puso con sus acciones y reflexionar sobre el daño causado.

⁴⁵⁷ Brandariz García, J. A. (2009) “*La sanción penal de trabajos en beneficio de la comunidad*”, Valencia. Tirant lo Blanch, p. 332.

⁴⁵⁸ Op. Cit, Brandariz, pp.132.

Sin embargo, los objetivos y su finalidad pueden tener el enfoque restaurativo y humanizador, que se busca con la justicia restaurativa. Igual que otras herramientas que contempla el código penal y la normativa penitenciaria, ésta es adoptada a través de un proceso penal tradicional, con lo que, en principio, nada tiene que ver con la justicia restaurativa. No obstante, se puede utilizar estos trabajos como forma de incorporar el resultado restaurativo, en el proceso penal tradicional y así tendría enfoque restaurativo siempre que la modalidad de trabajo esté relacionada con el delito cometido o mejor dicho sus consecuencias, y sea aceptado el trabajo en beneficio de la comunidad de forma totalmente voluntaria como una prestación socialmente constructiva.⁴⁵⁹ Esto ayudará a reparar o mitigar el daño ocasionado aunque sea a la sociedad en conjunto y puede mejorar el grado de cumplimiento de esta medida, al ser totalmente voluntaria.⁴⁶⁰

Es más, muchos acuerdos tras un proceso restaurativo conllevan una prestación del victimario para con la comunidad ⁴⁶¹(si no hay víctima concreta o si la víctima no quiere nada para sí) que son verdaderos trabajos en beneficio de la comunidad. La diferencia es que, a través de un proceso restaurativo, estos trabajos se realizan de forma totalmente voluntaria por el infractor, como parte de un acuerdo para compensar el daño ocasionado, mientras que estos trabajos son una opción que da el tribunal para cumplir con el reproche penal que lleva aparejada la acción realizada. En este sentido Nistal Burón ⁴⁶² afirma que “esta sanción podría reorientarse, de manera que se aplique a mayor número de casos y que sus beneficiarios sean las víctimas concretas, antes y más que la comunidad tal y como se ejecuta ahora.

⁴⁵⁹ A este respecto algunos consideran que muchos ofensores pueden apreciar estos trabajos en beneficio de la comunidad, como una pena más legítima debido a sus características, destacamos al respecto a Torres Rosell, N. (2005). “*La pena de trabajos en beneficio de la comunidad: opinión de los sujetos implicados en su aplicación y ejecución*” en Revista General de Derecho Penal, N°4, pp.22.

⁴⁶⁰ Cid Moliné, J. (1997). “*El trabajo en beneficio de la comunidad*” en AA. VV: Penas alternativas a la prisión, Barcelona, Bosch, pp.101.

⁴⁶¹ Hay que destacar que aunque con un enfoque meramente punitivo nuestro primer Código penal, el de 1822, estableció el trabajo del condenado como una vía para resarcir los daños y perjuicios causados al ofendido por el delito. No era propiamente un artículo restaurativo pero demostraba el interés del legislador en potenciar la reparación del daño a la víctima como parte esencial del proceso de reinserción y sobre todo para demostrar el respeto por los perjudicados. Su artículo 94 señalaba: “El que esté constituido en absoluta insolvencia, no será molestado en su persona por las costas. Por lo relativo al resarcimiento de daños e indemnización de perjuicios que hubiere causado, podrá el reo insolvente, después que sufra la pena principal, y en el caso de que no se conviniere con el acreedor, ser puesto en un arresto donde pueda trabajar hasta que pague; pero este arresto no podrá pasar nunca de dos años”. Antón Oneca, J. (1965) “*Historia del código penal de 1822*”, recuperado de <file:///C:/Users/virsu/Downloads/Dialnet-HistoriaDelCodigoPenalDe1822-2783058.pdf>.

⁴⁶² Op. Cit, Nistal, pp.97.

En todo caso, tenemos que señalar que la reparación del daño por el propio infractor, además de favorecer su proceso de inserción social, podría satisfacer mejor las expectativas de la víctima, porque conlleva una respuesta activa del propio infractor, comprometiéndole personalmente con su víctima”.

Este autor viene a establecer la posibilidad de que estos trabajos en beneficio de la comunidad puedan reinventarse⁴⁶³ para adaptarse a cada caso y que puedan tener de esta forma un enfoque restaurativo, siempre y en todo caso que sirva para dar resultado jurídico al acuerdo al que llegaron las personas tras un proceso restaurativo. De esta manera, está justificada una perspectiva restaurativa como un método de dirigirse al daño experimentado por la comunidad cuando ocurre un crimen. Sin embargo, también su uso puede ser concebido por razones compensatorias o como una manera de rehabilitar al infractor. Lo que distingue su uso como respuesta restaurativa es la atención dada para identificar el daño particular sufrido por la comunidad, como resultado del crimen, por parte del infractor, y el esfuerzo para asegurar que los servicios a la comunidad por parte de estos reparen ese daño, que en muchos casos será un riesgo, o un daño no totalmente material sino más bien moral y /o psicológico.

Otra forma de aplicar los trabajos en beneficio de la comunidad es como medida o prestación en los supuestos del artículo 80 del código penal,⁴⁶⁴ es decir al acordar la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad y el enfoque restaurativo también podría darse como ya hemos analizado.

Consideramos que estos trabajos en beneficio de la comunidad per se suponen una fórmula interesante para la reeducación y reinserción,⁴⁶⁵ siempre teniendo en cuenta el artículo 25. 2 de nuestro texto constitucional.

⁴⁶³ En la misma línea de Javier Nistal podemos citar a Dunkel, F. (1992) “*La víctima en el Derecho penal, ¿en vías de una justicia criminal orientada hacia las víctimas?*”, Papers, nº8, pp.67.

⁴⁶⁴ Fernández Aparicio, J. M. (2016) “*Derecho Penitenciario: La pena de trabajos en beneficio de la comunidad y la pena de localización permanente*”, pp. 18 y ss.

⁴⁶⁵ Valdés Osorio, G.A. (1999) “*El trabajo a favor de la comunidad y su conminación, aplicación y ejecución*”, en Iter Criminis, nº 2, pp.225.

A este respecto destacamos que el penado debe prestar su consentimiento expreso⁴⁶⁶ y para fomentar esta medida alternativa es necesario que la administración provea plazas suficientes⁴⁶⁷ para que los ofensores que así lo decidan puedan realizarlos. Se puede ver que, en las normas penales y penitenciarias, existe un enfoque restaurativo que se puede potenciar con la justicia restaurativa o aminorar, si nos centramos solo en considerarlas, sanciones o medidas coercitivas.

(f) Conclusiones.

Como hemos visto al analizar el atenuante de reparación del daño, las referencias a la justicia restaurativa son generalmente indirectas, es decir, tienen que ver con aspectos muy relacionados con ella, como la reparación del daño⁴⁶⁸.

Aunque no hablan en sí mismo de esta justicia, sin embargo, aceptan determinados presupuestos, que lo que van a hacer es favorecer que se puedan dar los procesos restaurativos con mayores garantías y sin las reticencias de operadores jurídicos.

Si hiciéramos un análisis somero de las diferentes sentencias de estos últimos años veríamos que contienen en su fundamentación jurídica el atenuante de reparación del daño y acaban muchas de ellas con una sentencia de conformidad y con la suspensión de la condena.

Esto sucede después de un proceso restaurativo y porque como hemos visto, los artículos que ya tenemos en las leyes y normas procesales nos sirven para dar forma jurídica y legal, al acuerdo de reparación que se pudiera formalizar tras ese proceso.

⁴⁶⁶ Gómez-Escolar Mazuela, P. (2019) “*Los trabajos en beneficio de la comunidad tras las últimas resoluciones del TS: competencia para el control de ejecución y consecuencias del incumplimiento*”. Diario La Ley, N° 938.9

⁴⁶⁷ González Tascón, M.M. (2014) “*Estudio teórico y práctico de la pena de trabajos en beneficio de la Comunidad*”, Ministerio del Interior, pp.249.

⁴⁶⁸ La sentencia más importante, es la que ya se vio con ocasión de la atenuante de reparación del daño, y es la STS 6 de octubre de 1998 que permite la aplicación no sólo a delitos de resultado, sino también a los de simple actividad. Dice la sentencia: “Con respecto a la aplicación al caso de la atenuante del art. 21.5, lo cierto es que como lo admite la doctrina más moderna y proyectos legislativos recientes en Europa, es de apreciar no sólo en los casos de reparación material sino también cuando tal reparación es simbólica, como cuando el autor realiza un “actus contrarius” de reconocimiento de la norma vulnerada y contribuye activamente al restablecimiento de la confianza en la vigencia de la misma.

En tales casos se dará una reparación simbólica que, por regla general, debería ser admitida en todos los delitos”. En el caso presente, estamos en presencia de una contribución positiva, simbólica, que puede ser considerada como una aportación del acusado al restablecimiento de la confianza en la vigencia de la norma. Por consiguiente, la aplicación de la atenuante resulta justificada.

A este respecto merece la pena mencionar la Sentencia AP Madrid, Sección 17, nº 621/2015 de 16 de septiembre (rec. 6037/2013).⁴⁶⁹

En otras sentencias como la de la audiencia provincial sección nº. 2, Valladolid, sentencia: 00149/2012 se incluyó en los fundamentos de hecho, la participación de las partes en un proceso de justicia restaurativa (en ese caso mediación penal)⁴⁷⁰, también se trató de un delito económico, y el resultado fue plasmado a través del mencionado, atenuante de reparación del daño⁴⁷¹. Estas dos sentencias son un ejemplo de cómo las normas internas del derecho español, ya cuenta con mecanismos⁴⁷² que si no hacen referencia expresa a justicia restaurativa, sí ayudan a implementar el acuerdo después del proceso restaurativo dentro del proceso penal y así darle relevancia jurídica.

Relevancia jurídica que no significa que siempre y en todo caso conlleve beneficios jurídicos y penitenciarios para el infractor, es cierto, que suele verse así, pero en todo caso la idea central como hemos venido diciendo es la reparación del daño a la víctima tanto directa como indirecta, para dos casos, cuando la víctima no quiere o no necesita ser reparada o cuando el delito no tiene víctimas concretas, por ejemplo, delitos de peligro de nuestro ordenamiento jurídico.

Lo que es cierto es que las atenuantes del artículo 21.5 y como veremos el 21.7, permiten todo un abanico de posibilidades que siguen muy de cerca la filosofía de la justicia restaurativa y que ayudan a conseguir un clima más adecuado de paz, favoreciendo que el infractor reflexione sobre los hechos que cometió, y la víctima sea reparada de una manera más adecuada a sus verdaderas necesidades.

⁴⁶⁹ Su texto íntegro se puede examinar en la página del Consejo General del Poder Judicial, en ella vemos como se trató de un delito económico y se ingresó el dinero por eso acabó en sentencia de conformidad. <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Normativa-y-jurisprudencia/Sentencias/Materia-penal/Sentencia-AP-Madrid--Seccion-17--n--621-2015-de-16-de-septiembre--rec--6037-2013->

⁴⁷⁰ A este respecto el punto 2 de los fundamentos de hecho, de la mencionada sentencia dice: “2. El presente procedimiento ha sido incluido en la experiencia de Mediación penal en la Jurisdicción de adultos, con la intervención del acusado y del Secretario del Ayuntamiento de Cigales quienes, en fecha 16 de marzo de 2011, suscribieron Acta de reparación, en la que Gaspar, que ya en su declaración en sede judicial había reconocido los hechos, en compensación por el perjuicio moral ocasionado a la citada Corporación se comprometió a realizar gratuitamente las obras de acondicionamiento de la calle Fábricas, lo que efectivamente llevó a cabo en los términos acordados”.

⁴⁷¹ Se puede leer su texto íntegro a través de la página del Consejo General del Poder Judicial, <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Normativa-y-jurisprudencia/Sentencias/Materia-penal/Procedimiento-incluido-en-la-experiencia-de-Mediacion-penal--Falsificacion-documental-y-estafa->

⁴⁷² Analizados en la fundamentación jurídica y están en el código penal, ley orgánica general penitenciarias, ley de enjuiciamiento criminal y ley de responsabilidad penal del menor. En todos los casos, se contienen fórmulas para plasmar el resultado del proceso restaurativo dentro de la legalidad vigente.

Si, por el contrario, el delito cometido no presenta una víctima concreta, porque por ejemplo es un delito de peligro o de mera actividad, con el hecho de reconocer el daño, aceptar que ha vulnerado una norma fundamental de convivencia (ha cometido un delito) y cooperar de la forma que crea más adecuada, para intentar reducir los efectos del hecho delictivo, se consigue también una satisfacción, pero para todos como sociedad.

Todo esto contrasta con lo que opinaba la doctrina, pues se creía que no se podía aplicar esta atenuante a delitos que no tuvieran un sujeto pasivo definido. Para dilucidar esta cuestión y el por qué la jurisprudencia, lo permite, se hace necesario analizar qué se entiende por sujeto pasivo del delito (es decir, víctima del hecho delictivo).

El sujeto pasivo del delito⁴⁷³ es el titular del bien jurídico protegido mediante la creación del tipo penal (de la norma). Puede ser el hombre o mujer, las personas jurídicas, el estado o incluso la sociedad.

Esta última, ya la llamemos sociedad o comunidad en general, es el sujeto pasivo inmediato⁴⁷⁴, en los delitos de riesgo, en general (delitos contra la seguridad del tráfico, contra la salud pública, contra los recursos naturales y el medio ambiente y contra los derechos de los trabajadores).

Por tanto, si consideramos a la sociedad como víctima en esta clase de delitos, también cabe apreciar esta atenuante y la reparación podría ser de diferentes formas, y en todo caso, con una actividad voluntaria del ofensor que reafirme la norma que ha vulnerado pero que además con ella, intente que no se vuelvan a cometer delitos⁴⁷⁵ de esta naturaleza o mitigando el impacto de los mismos.

C) La Ley de Enjuiciamiento Criminal.

La ley procesal española parece caminar cada vez más hacia una justicia negociada en algunos casos y bajo determinadas circunstancias.

La conformidad entre el Ministerio Fiscal y la defensa suele ser en la actualidad una forma de concluir el proceso oral.

⁴⁷³ Vives Antón, T. S. (1996) "Fundamentos del sistema penal", Valencia, Tirant lo Blanch, pp.23 y ss.

⁴⁷⁴ Welzel, H. (2007) "Estudios de derecho penal. Estudios sobre el sistema de derecho penal. Causalidad y acción. Derecho penal y filosofía" Traductor Gustavo Eduardo Aboso. Montevideo-Buenos Aires, Editorial B de F, pp.63 y ss.

Esto puede deberse en parte a la progresiva introducción en nuestro derecho del principio de oportunidad y el entendimiento de que a través del consenso⁴⁷⁶ puede agilizarse la justicia y suponer ahorro de tiempo en términos de economía procesal. Como señala Domingo Monforte⁴⁷⁷ nuestro sistema procesal “admite, premia y potencia la justicia consensuada, la reconoce como una legítima opción, la considera socialmente adecuada y le otorga la función resocializadora de la pena, alineándose con la tendencia norteamericana de la privatización del proceso penal que conlleva la solución negociada del conflicto.” La doctrina se ha mantenido dividida sobre esta tímida introducción del principio de oportunidad. Como afirma Barona⁴⁷⁸, es evidente que “liberar de carga a una administración de justicia desbordada por el número de causas penales que llegan a su conocimiento, está detrás de la introducción de esta institución en los sistemas judiciales. El sector de la doctrina favorable a su existencia suele aludir a razones de utilidad pública o interés social”. Sea como fuere a través de estas sentencias de conformidad⁴⁷⁹ se está potenciando una solución al proceso penal de forma consensuada, lo que fomenta un diálogo sobre el hecho en este caso entre abogado y Ministerio Fiscal. A este respecto Muerza Esparza⁴⁸⁰ comenta que cuando la Ley dice que “con el escrito que se presente en dicho acto, se está presuponiendo negociaciones⁴⁸¹ previas entre acusación y defensa, aunque la Ley nada especifique al respecto”.

⁴⁷⁶ En este sentido de potenciar la justicia negociada o consensuada podemos mencionar la Recomendación del Consejo de Ministros de Europa (87) 18, de 17 de septiembre de 1987, que sugiere para superar la denominada crisis de la justicia penal, entre otras medidas, que los Estados incorporen a sus ordenamientos procedimientos de naturaleza transaccional. El legislador español ha tratado de cumplir con las pautas establecidas por la recomendación a través de las reformas legislativas acometidas desde la fecha. En la misma línea, la Fiscalía General del Estado, a través de la Circular 1/1989, estimula el reforzamiento del consenso penal y cambios en las actuaciones del Ministerio Fiscal, procurando la simplificación de los procedimientos y promoviendo soluciones facilitadoras de la sentencia dentro de los márgenes del arbitrio legal.

⁴⁷⁷ Monforte, J.D. (2013) “*Justicia penal negociada. Conformidad premiada*” Actualidad jurídica Aranzadi, Nº 860, pp. 2.

⁴⁷⁸ Barona Villar, S. (2004) “*Seguridad, celeridad y justicia penal*”, Tirant Lo Blanch, pp. 200 y ss.

⁴⁷⁹ Uno de estos artículos es el 787 LECr: “Antes de iniciarse la práctica de la prueba, la defensa, con la conformidad del acusado presente, podrá pedir al Juez o Tribunal que proceda a dictar sentencia de conformidad con el escrito de acusación que contenga pena de mayor gravedad, o con el que se presentará en ese acto...” Aunque se contempla la conformidad en proceso por delitos graves, abreviado y por delitos leves además de referencias en la ley del jurado y de responsabilidad penal del menor y los llamados juicios rápidos

⁴⁸⁰ Muerza Esparza, JJ. (2003) “*La Reforma del Proceso Penal Abreviado y el Enjuiciamiento Rápido de Delitos*.” España. Editorial Aranzadi, pp. 45 y ss.

⁴⁸¹ Podríamos entender que más que negociaciones, se puede hablar de que se ha modificado el escrito de calificación, en base al acuerdo alcanzado en un proceso restaurativo, que tiene parte de negociación, pero no es una negociación propiamente dicha. Así podría tratarse de una suerte de proceso restaurativo, aunque en strictu sensu solo sería por analogía ya que como dice Muerza Esparza son simples negociaciones.

Estas sentencias de conformidad⁴⁸² nos dan indicio de un acuerdo entre el abogado del infractor⁴⁸³ y el Ministerio Fiscal para agilizar el juicio y llegar a la sentencia, en la que el delincuente reconoce los hechos.

Si pensamos en términos de economía procesal, estas sentencias agilizan los juzgados y ahorran tiempo y dinero, los acusados reconocen su culpabilidad sin celebrar el juicio. En este sentido poco o nada tendría que ver esta conformidad con la justicia restaurativa ya que, en todo esto, queda al margen la participación de forma general con algunas excepciones, de la víctima. Algunos autores como Fernández Martínez⁴⁸⁴ critican esta institución y aluden al “hecho de que en el proceso penal el conflicto entre ofensor y ofendido permanece en un segundo plano limitado a la esfera de la pretensión civil derivada del delito. Puesto que la acción delictiva supone un ataque o puesta en peligro de un bien de la vida social, el conflicto surge entre la sociedad que reclama la actuación del ius puniendi del Estado y el presunto autor de la acción penalmente antijurídica”. En muchas ocasiones se incluye las sentencias de conformidad⁴⁸⁵ como parte de la justicia restaurativa como si fueran indisolublemente unidas, de suerte que se piensa que cuando se concluye un proceso en forma de sentencia de conformidad es porque se ha hecho justicia restaurativa.

Por tanto, habría que diferenciar la institución de la sentencia de conformidad como una potenciación del legislador a la solución negociada del proceso y como vía para agilizar los juzgados de los procesos restaurativos como tal, que promueven el diálogo pero en este caso entre víctima y victimario como solución a los daños derivados del delito pero sin tener como objetivo la economía procesal. Sin embargo, igual que los artículos del código penal que ya hemos visto, se podría utilizar las sentencias de conformidad, para que una vez que se ha alcanzado un acuerdo de reparación del daño, a través de un proceso de justicia restaurativa, éste sea ratificado por el fiscal y tome forma de sentencia de conformidad.

⁴⁸² Gimeno Sendra, J. V. (2004) “*La conformidad premiada de los juicios rápidos*”. La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciaria, 5, pp. 5-14.

⁴⁸³ Sánchez Castiñeira, P. (2003) “*Reducción de las penas en supuestos de conformidad*”, Otrosí: publicación informativa del Colegio de Abogados de Madrid, nº 49, pp. 50-52.

⁴⁸⁴ Fernández Martínez, J.M (2012) “*El control judicial de la conformidad en el proceso penal*”, Revista Aranzadi Doctrinal, Nº. 10, pp. 41-48.

⁴⁸⁵ Soto Rodríguez, M. L. (2011) “*Conformidad con la acusación en el proceso*”. Diario la ley, 7728, Sección Esquemas Legales.

Pero siempre dejando claro que existen muchas diferencias mientras que las sentencias de conformidad dejan generalmente fuera a la víctima, a través de la justicia restaurativa⁴⁸⁶ se podrían conseguir unas sentencias de conformidad muy cualificadas, porque la víctima habría tenido voz y participación durante todo el proceso, se produciría su empoderamiento.⁴⁸⁷

Asimismo, el reconocimiento del delito por el infractor podría llegar a valorarse de una forma más sincera, por cuanto no lo haría solo guiado por conseguir una reducción de la condena, sino que el encuentro restaurativo le habría hecho ver y conocer el impacto que su delito causó en la víctima.

Algunas reformas de la ley de enjuiciamiento criminal parecen indicar que la justicia restaurativa podría dejarse solo para su aplicación en delitos más leves⁴⁸⁸, lo cual sin ninguna duda limitaría las posibilidades de aplicación, y sería entender que toda justicia restaurativa se limitaría a evitar el juicio, cuando los objetivos difieren como ya hemos visto de los métodos alternativos de solución de conflictos y tendría que ver más con la sanación y satisfacción de los afectados por el delito.

La ley de enjuiciamiento criminal también contempla la suspensión del juicio oral por diversas causas⁴⁸⁹ sería posible en este punto valorar la suspensión del juicio, hasta ver si se llega a un acuerdo dentro del proceso restaurativo o simplemente para ver cómo se va a tener en cuenta este acuerdo, al que han llegado las partes tras el proceso de justicia restaurativa. Podemos ver que si entendemos la justicia restaurativa no como algo totalmente incompatible con la justicia tradicional sino como una paradigma o ciencia penal que puede complementarla, de esta forma podremos lograr mejorar de forma sustancial la justicia penal y penitenciaria y el proceso penal en sí mismo.

⁴⁸⁶ Sáez Valcárcel, R. (2011) "*Mediación penal. Reconciliación, perdón y delitos muy graves. La emergencia de las víctimas*", Cuadernos Penales José María Lidón, 8, pp. 71-125.

⁴⁸⁷ A este respecto, cabe destacar Aertesen, I, Bolívar, De Mesmaecker, V y Lauwers, N. (2011) "*Restorative Justice and the active victims: exploring the concept of empowerment*". *Temida*, 14(1), pp.5-19. En este mismo sentido sobre el empoderamiento podemos citar a Walgrave, L (2008) "*Restorative justice, self-interest and responsible citizenship*". Cullompton: Willan.

⁴⁸⁸ La disposición final segunda de la LO 1/2015, que modifica en algunos aspectos la LECrim., atribuye facultades al Ministerio Fiscal para solicitar del Juez de Instrucción el sobreseimiento y archivo de las actuaciones respecto de hechos que revistiendo los caracteres de delito leve de lesiones o maltrato de obra, de hurto flagrante, de amenazas, de coacciones o de injurias, «no exista un interés público relevante en la persecución del hecho. En los delitos leves patrimoniales, se entenderá que no existe interés público relevante en su persecución cuando se hubiere procedido a la reparación del daño y no exista denuncia del perjudicado», reparación que puede ser el resultado de un procedimiento de justicia restaurativa.

⁴⁸⁹ El artículo 746 dice que: "Procederá además la suspensión del juicio oral en los casos siguientes: 1- Cuando el Tribunal tuviere que resolver durante los debates alguna cuestión incidental que por cualquier causa fundada no pueda decidirse en el acto..."

Es decir, en lugar de seguir corrientes abolicionistas, vamos a iniciar una corriente mixta, siguiendo en cierta medida a Roxin ⁴⁹⁰y a Howard Zehr⁴⁹¹, el cual estableció que la justicia restaurativa no es la panacea ni está destinada a remplazar el sistema penal actual, sino más bien puede servir para cubrir los vacíos legales y mejorarla.

(a) Referencias a la justicia restaurativa en el borrador de código procesal penal⁴⁹² del año 2012.

A continuación vamos a analizar el borrador de código procesal penal que se elaboró siendo ministro de justicia don Francisco Caamaño y que se quiso retomar por don Alberto Ruiz-Gallardón⁴⁹³ pero que en ambos casos nunca llegó a aprobarse.

1. En la **exposición de motivos** de aquel borrador se comentaba que :

“Con la mediación penal se persigue posibilitar la utilización siempre voluntaria de un mecanismo de solución de conflictos entre infractor y víctima que satisfaga las necesidades de las víctimas de obtener la explicación del hecho, la petición de perdón y una pronta reparación”.

Aun siendo bastante acertada, la frase adolecía de ciertas inexactitudes:

- En primer lugar, **parece concebir el delito como un conflicto**, y lo cierto es que el delito, al menos el grave, tiene características peculiares que hacen que no pueda ser considerado un simple conflicto sin más, por cuanto la confrontación propia del conflicto y propiciada por ambas partes, en el delito surge porque una persona ha causado un daño a otra y la ha convertido en víctima, por eso la víctima

⁴⁹⁰ Roxin, C. (1991) *“La reparación en el sistema jurídico de sanciones. Jornadas sobre la reforma del derecho penal en Alemania”*. Ed. Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial. Madrid, pp.119 y ss.

⁴⁹¹ Zehr, H. (1990) *“¿qué no es la justicia restaurativa?”*, extraído del pequeño libro de la justicia restaurativa, p.11 y ss., recuperado de https://www.icbf.gov.co/sites/default/files/el_pequeno_libro_de_la_justicia_restaurativa.pdf.

⁴⁹² El proyecto de código procesal penal estuvo colgado en este enlace aunque por razones obvias lo descargamos en pdf : https://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292375190463?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadername2=Medios&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DCODIGO_PROCESAL_PENAL.pdf&blobheadervalue2=1288778173060.

⁴⁹³ Durante su mandato la Sociedad Científica de Justicia Restaurativa entidad que presido estuvo asesorando al Ministerio de justicia sobre este borrador de código procesal penal, que como hemos dicho nunca llegó a aprobarse. Este escrito es parte de aquellos informes que elaboramos a petición del ministerio. En la actualidad se está en proyecto de tramitación de una nueva ley de enjuiciamiento criminal cuyo texto acabamos de conocer y está en el siguiente enlace: <https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/210126%20ANTEPROYECTO%20LECRIM%202020%20INFORMACION%20PUBLICA%20%281%29.pdf>.

ni ha tenido culpa de sufrir el delito ni debe conformarse con menos para lograr un acuerdo. Otro tema es el hecho de que el delito genera conflictos sociales y personales.

- **Los procesos restaurativos como la mediación penal más que solucionar el problema del delito lo que hace es abrir un espacio de diálogo para la curación de las heridas de la víctima y la responsabilización del infractor. Y el objetivo de estos procesos nunca es que el infractor pida perdón.** Esto es algo que depende de cada persona y cada parte. El objetivo más que pedir perdón es que el infractor voluntariamente diga: “sé que te he hecho daño y por eso quiero hacer lo necesario para reparar el daño que te causé”. Se debe sustituir el perdón, por el reconocimiento de los hechos y la responsabilización de su conducta.

Otra cosa es que, aunque no sea el fin primordial frecuentemente los procesos restaurativos favorecen este perdón.

- **Se debe tener en cuenta que estamos en un proceso penal, no es una mediación como puede ser la mercantil o civil,** en la que hay dos partes en conflicto y que ambas en mayor o menor medida ha contribuido al conflicto, en este caso estamos hablando de una víctima y un infractor, **y el delito no va a ser discutido⁴⁹⁴.**

Dice la exposición de motivos, “que el infractor solo tendrá beneficios jurídicos, si su caso así lo permite⁴⁹⁵”.

Esto es esencial, así se evita que la gente piense que la justicia restaurativa trata de ser blanda con los infractores, y en todo caso, los beneficios jurídicos dependerán de la gravedad del delito y las circunstancias del caso. No se puede obviar que, en delitos menos graves, sí pudiera entrar en funcionamiento el principio de oportunidad y así el proceso restaurativo tendría como efecto concluir el proceso penal, en otros asuntos más graves, nunca podría tener beneficios penitenciarios a priori.

⁴⁹⁴ En justicia restaurativa el delito no será discutido porque para que el proceso se realice con garantías el ofensor debe reconocer al menos en parte su participación en los hechos, la asunción de la responsabilidad es parte esencial, mientras que en mediación se parte de una co-responsabilidad en los posibles daños ocasionados.

⁴⁹⁵ Ya hemos visto cómo determinadas instituciones que ya existen en el código penal y otras leyes podrían perfectamente ser el cauce para que el proceso restaurativo se incorpore al proceso tradicional y los beneficios jurídicos serían los dispuestos en estas instituciones como por ejemplo el atenuante de reparación del daño ya comentado.

Habla de **“mediación penal como complemento necesario y que no debe vincularse al principio de oportunidad o conformidad lo que supone una visión estrecha de la mediación** “(lo único es que la exposición de motivos debería haberse hablado de justicia restaurativa y no de mediación, pero en lo demás esta afirmación es acertada). **También es muy importante la explicación de que “no puede limitarse a la delincuencia menor”**, ya que todas las víctimas deberían tener el derecho a participar en un proceso restaurativo si esta es su voluntad con independencia del delito sufrido. **“Con la justicia restaurativa la víctima adquiere un singular protagonismo”**, esto es esencial para la justicia restaurativa. Hay que destacar la referencia de que la **“justicia restaurativa no se centra solo en la reparación económica”** ya que la reparación moral a veces es más importante para las víctimas. Sin embargo, en la exposición de motivos se echa en falta una definición de los procesos restaurativos que englobe la mediación penal y otras como las conferencias, de la misma forma que la directiva sobre víctimas habla de servicios de justicia reparadora y no solo mediación penal. Así no se cerraría la puerta a otras fórmulas más participativas y que pueden ser importantes en casos donde los afectados por el delito son varias personas o por ejemplo en caso de menores infractores.

Faltaría, por tanto, una definición de justicia restaurativa en la línea de la directiva 2012/29/ UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 y sería deseable incluir un concepto como el que sigue: *“cualquier proceso que permita a la víctima y al infractor y/o comunidad participar activamente, si dan su consentimiento libremente para ello, en la solución de los problemas resultantes de la infracción penal, con la ayuda de un tercero imparcial”*. Esta definición al menos tiene en cuenta que el delito no es un conflicto, pero sí surgen problemas y conflictos a raíz del hecho delictivo que la justicia restaurativa aborda de manera más eficaz.

Luego se puede incluir también la definición de mediación penal que hace la exposición de motivos, **destacando la especificación que hace de que “el mediador (facilitador) debe ser independiente de los actores institucionales del proceso penal” y se debería añadir con dedicación exclusiva**, por cuanto dejar estos servicios a personas que trabajan ya en el proceso penal (como colegios de abogados, funcionarios...) y a su dedicación ocasional produciría por un lado un servicio de atención a las víctimas como es el de justicia reparadora con un trabajo poco eficaz y continuado y podría además producir confusión en las víctimas sobre la función del facilitador y los objetivos de los procesos restaurativos.

Es importante también el enfoque de que “**la mediación penal se lleve de forma paralela al proceso penal y pueda o no influir en él**”.

Por supuesto, que el beneficio de la justicia restaurativa es que trata cada caso de forma individualizada, dependiendo de la gravedad del delito, de la víctima y sus circunstancias y del infractor y sus circunstancias como el arrepentimiento espontáneo o no, su voluntad de querer cambiar... Es destacable, la mención de que la “**mediación no es un fin, sino un instrumento para alcanzar ciertos fines, en los que ocupa el primer lugar los intereses de las víctimas**”, sin embargo, se debería cambiar mediación por justicia restaurativa o al menos por mediación penal para no inducir a error, ya que la mediación penal tiene características diferentes de otra clase de mediaciones.

2. Respecto de los artículos referentes a la mediación penal podemos comentar lo siguiente:

Sobre el artículo 143: *la definición de mediación penal se queda corta y se limita a una parte de los objetivos: el acuerdo y que no es lo esencial.*

También debería incluirse a la comunidad, por ejemplo, si el delito ha dañado a más de una persona puesto que en ocasiones para ayudar a resolver el impacto del delito habrá que incluir en el proceso restaurativo a otras víctimas, quizá las indirectas del delito.

Sobre el artículo 144: hay que ir con precaución pues la remisión a los artículos de la ley de mediación civil y mercantil puede inducir a error ya que así no se puede evitar relacionar ambas y la penal difiere en cuanto a contenido, objetivos y enfoque, también hay que ver que algunos de estos artículos son claramente hechos por y para una mediación civil y /o mercantil. **Este artículo se remite a los siguientes artículos de la ley de mediación civil y mercantil:**

Art. 6.1 y 6.3, estos artículos no plantean problemas ya que los *procesos restaurativos son voluntarios y en cualquier momento las partes pueden desistir del proceso.*

Art. 7, la igualdad de las partes y la imparcialidad es aplicable a los procesos restaurativos, sin embargo, las *características especiales de la mediación penal necesitan que se hagan ciertas matizaciones.*

La mediación parte de la hipótesis de que ambas partes contribuyen en mayor o menor medida al conflicto y por eso ambas, deben comprometerse para alcanzar una solución. La mediación penal, parte generalmente (salvo casos en que el rol víctima-infractor se confunden y mezclan) de que una persona ha causado un daño y otra lo ha sufrido, la víctima, por eso esta no debe conformarse con menos o ceder.

No hay una igualdad total, y aunque la mayoría de los procesos restaurativos de mediación acaban en el acuerdo de reparación lo esencial es el dialogo, por eso el mediador penal o facilitador debe tener conocimientos específicos de cómo abordar el trauma que surge tras el delito.

Además, en la mediación, los mediadores son neutrales e imparciales, en la penal tienen una “parcialidad equilibrada”. No pueden ser neutrales frente al daño y el delito, pero sí lo son en cuanto a la atención y apoyo a las partes.

El lenguaje propio de la mediación puede resultar ofensivo para las víctimas de delitos más graves⁴⁹⁶.

Art. 8 y 10.1 y 10.3, aunque no se deben poner inconvenientes a estos artículos de la ley de mediación civil y mercantil, **hacen demasiado hincapié en el acuerdo, para su aplicación en la mediación penal** tal cual están escritos, y así lo dice la exposición de motivos cuando habla de que la justicia restaurativa es algo más, no solo acuerdos, también hay que tomar con precaución la neutralidad de acuerdo con lo explicado anteriormente

Art.11, las condiciones del mediador pueden servir con relación a los que se ocupan de la civil y mercantil. **Sin embargo, habría que hacer algunas matizaciones:**

El facilitador penal debe tener unos conocimientos especiales por cuanto trata con víctimas

Por eso, estos servicios de justicia reparadora, como bien dice la ley, deben ser gratuitos.

⁴⁹⁶ Zehr, H. (2007) “El pequeño libro de la justicia restaurativa”. Recuperado de https://www.icbf.gov.co/sites/default/files/el_pequeno_libro_de_las_justicia_restaurativa.pdf pp.12.

También debe ser un servicio estable, (en la línea de como los representa la directiva sobre víctimas la cual los equipara a servicios de ayuda a las víctimas), con personas dedicadas a esta labor y ésta, no consistirá solo en prestar el servicio como tal, sino en informar, promocionar y colaborar con otras entidades similares.

El seguro de responsabilidad civil es una duda importante puesto que, si el servicio es gratuito, público y estable, esto determina que los servicios de justicia restaurativa se incorporaran a la Fiscalía y la duda es si no será ya está dependencia una forma de exigir si fuera necesario responsabilidades implícitas al servicio que se presta.

Art.12, 13 y 14, esta remisión no está mal del todo, pero con ciertos matices:

Actualmente cursos y formación en justicia restaurativa especializada hay pocos o ninguno, y al final solo se reducen a mediación, sin tener en cuenta las diferencias y especialidades, por eso es necesario tener y exigir una formación adecuada a las características de estos procesos.

La derivación a estos artículos hace que se note que en algunos casos que están hechos solo para la mediación civil y mercantil y no para la penal; así el contenido del art. 13.5, se podría sustituir por otras variables propias de la penal como por ejemplo, si las partes se conocían o tenían relación previa, algo importante para la justicia restaurativa porque puede ser esencial para determinar el porqué del delito o si tenían algún problema jurídico previo a la comisión del delito...

Art. 17, este artículo muestra claramente que está redactado para mediación civil y mercantil. Por el contrario, en las reuniones individuales e informativas de los procesos restaurativos como mediación penal efectivamente el mediador se presenta, explica su función y que es un proceso gratuito.

Se les explica en qué consiste el proceso, ventajas para ellos, se les reitera que no merma sus derechos procesales. **A la víctima** se la comenta que va a ser escuchada, se van a atender sus necesidades y que va a poner rostro a la otra parte, consiguiendo respuestas a muchas preguntas, va a participar de forma principal en un hecho que la afecta tan directamente (el delito) y que también quizá podrá negociar acuerdos satisfactorios que la permitan cicatrizar sus heridas.

Aunque siempre se la ha de dejar claro que lo esencial será que podrá expresarse, y obtener alguna respuesta a sus muchas preguntas, que generalmente se resumen en una muy importante ¿por qué a mí? **Al infractor** se le explica cómo va a ser confrontado respecto de la aceptación de su responsabilidad, poniéndose en el lugar de la otra parte.

Va a aprender a admitir como justa la reparación y verá en ello una prestación socialmente constructiva. El hecho de participar en un proceso restaurativo y que este concluya con éxito le puede suponer (si se trata de un delito menos grave) una serie de beneficios como la disminución de la pena que se le fuera imponer, dejándoles claro que eso es tarea del juez y el fiscal. En estas reuniones individuales, se mantiene una charla con cada uno que concluirá con la firma del documento de consentimiento informado.

Art. 18, esta remisión es clara puesto que podrá participar uno o varios facilitadores o mediadores, dependiendo de la gravedad del caso y las circunstancias de las partes.

Art. 19, otra vez se palpa claramente que estos artículos son específicos de la mediación civil y mercantil por cuanto:

El servicio de mediación penal es estable y por tanto no será designado por una parte o por ambas de común acuerdo.

El objeto del conflicto puede ser el delito, pero durante las sesiones pueden surgir problemas por eso es importante la justicia restaurativa porque se aborda el conflicto de una manera más global.

No hay costes es gratuito⁴⁹⁷.

No obstante, efectivamente, aquí, sí es igual, en cualquier proceso restaurativo como la mediación penal también se firma un documento de consentimiento informado.

El lugar de celebración será el juzgado, la práctica nos ha enseñado que así las partes sienten que no se está privatizando el delito.

⁴⁹⁷ Solamente conocemos un caso en el que se cobra 30 euros a los ofensores que quieren participar en un proceso restaurativo, y es en Austria, aunque realmente en la práctica luego y según afirman sus responsables rara vez pagan porque se declaran insolventes. En todos los lugares son gratuitos.

El apartado dos del artículo 19 no es muy común, y las partes en los procesos restaurativos solo suelen firmar un documento de consentimiento, no es bueno burocratizar en exceso estos procesos por cuanto uno de sus beneficios es la agilidad de estructura y la cercanía a las víctimas.

Art. 20 La duración del proceso de justicia restaurativa puede ser complicado de determinar por cuanto las víctimas necesitan su tiempo para decidir lo que quieren. Y lo mismo ocurre con el infractor.

El art. 21 pone en evidencia que esta evolución del proceso de mediación que hace no encaja dentro del proceso de mediación penal por sus características propias:

Las sesiones individuales suelen ser necesarias entre la sesión conjunta para aclarar posturas e intereses, en la mediación en general. Las sesiones individuales en mediación penal son importantísimas y más que necesarias, imprescindibles para preparar a las partes (cuáles son sus expectativas en el proceso, necesidades, si tienen facilidad o no de palabra...) ante una posible reunión conjunta. Después durante la conjunta, rara vez será necesario una sesión individual si las preparatorias se hicieron bien y con tiempo.

No se habla de una posibilidad que puede darse de un proceso de mediación penal indirecta o de otras posibilidades en lugar de realizar una reunión conjunta como contacto por carta o bien actuando el facilitador de puente entre ambas.

Art. 22, la terminación del proceso puede ser válida tal y como la contempla pero hay cosas que deberían matizarse por ejemplo podría intentarse una nueva mediación penal (como lo hacen en Noruega) pero no necesariamente con un mediador nuevo.

El acta final puede ser acta de reparación o simplemente de acuerdos (cuando el delito es menos grave o la víctima no necesita o no quiere ser reparada). Generalmente se firma, aunque es cierto que hay que contar con que las partes no quieran o no consideren necesario hacerlo.

Art.23 Los acuerdos derivados de un proceso restaurativo de mediación penal son algo diferentes por cuanto el objeto es el delito y el daño sufrido, sin embargo, durante el proceso pueden surgir otros problemas relacionados o puede verse que la víctima no necesita reparación porque con el proceso en sí mismo, ya se ha sentido reparada.

Art. 25 y 26, otra vez están redactados para y por la mediación civil y mercantil, y como ejemplo, la remisión que hace como tribunal competente para la ejecución de los acuerdos de mediación al juzgado de primera instancia, obviamente en la mediación penal los competentes no serán estos, sino en todo caso los de lo penal.

Sobre el artículo 144.2 del código de procedimiento penal, *habla de que la comunicación a la víctima del proceso de justicia restaurativa se hace por el Ministerio Fiscal o a través de la Oficina de atención a las víctimas.*

Este precepto es acertado, además es el modelo que seguimos en Burgos; de la misma manera, debería comentarse en él que estos servicios de justicia restaurativa dependerían o estarían incardinados dentro de la Fiscalía. En *el punto tres de este artículo se explica la coordinación con el Fiscal* y esto no solo es lo más conveniente, sino que nuestro servicio de justicia restaurativa lo supo ver en su día, y es el único en España que surgió con esta estructura de coordinación con la Fiscalía y con el beneplácito del Fiscal. *También es importante y es destacable el secreto profesional del mediador o facilitador y el hecho de que en este caso el servicio de mediación penal será gratuito.*

El artículo 145, *es oportuno y acertado, por cuanto, aunque el proceso de mediación penal puede ir en paralelo al proceso penal, también puede suceder que las circunstancias del caso aconsejen suspender las diligencias de investigación.*

El artículo 146 *habla sobre los efectos de la mediación penal, y es esencial junto con la exposición de motivos en lo referente a lo mismo, para transmitir a las víctimas y al ciudadano, en general, la esencia de estos procesos y que no tratan de ser “blandos” con los infractores.*

En algunos casos podrán tener beneficios jurídicos, en otros más graves no, pero lo importante es que la víctima estará conforme porque habrá sido parte directa y principal durante todo el proceso.

3. Conclusión.

1. **La exposición de motivos está elaborada de una forma muy acertada por cuanto contempla la justicia restaurativa como filosofía global y no solo la mediación penal** y lo hace en interés de la víctima. Esta exposición de motivos es conforme y está en la línea de la Directiva europea de 25 de octubre de 2012.
2. Sin embargo, **los artículos del código de procedimiento penal no son tan claros, al remitirse en gran parte de los aspectos a la ley de mediación civil y mercantil.** Como ya he desgranado, hay artículos que por sus características no encuadran dentro de la mediación penal. *Se debería y sería aconsejable revisar y valorar las características y peculiaridades propias de los procesos restaurativos.*
3. **Se valora positivamente que la regulación sea no exhaustiva para dar la posibilidad de trabajar de una forma más abierta, adaptada a cada caso concreto y con libertad en cuanto a cómo planificar el proceso.** No obstante, *se echa en falta que se haga referencia a la vez que se habla de su gratuidad, un tema importante y que indirectamente se deduce de la Directiva. Deben ser servicios estables, con dedicación exclusiva y disponibilidad para adaptarse a cada parte y sus circunstancias.* La Directiva habla de servicios de justicia restaurativa y los explica en relación con los servicios de asistencia a las víctimas, con lo que esta norma nos está diciendo que son servicios asimilados a estos de ayuda a las víctimas, pero independientes. Estamos tratando con personas que han sufrido un daño, por eso es necesario cierta estabilidad para que además cuando la víctima quiera, pueda informarse sobre estos procesos y sus beneficios.
4. **En los preceptos del borrador no se especifica con claridad cómo es la derivación a estos servicios de justicia restaurativa, claramente será por el Ministerio Fiscal, que es el que tendrá la facultad de investigar los delitos; sin embargo, sería importante abrir la posibilidad a que especialmente las víctimas y los infractores puedan solicitar participar en estos procesos, siempre y en todo caso con el visto bueno del Fiscal. También, aunque la fase de instrucción es más apta para estos procesos restaurativos, no se puede descartar a priori, la eficacia de estos en otros momentos procesales. ¿Por qué?**

Porque el mismo delito no impacta de la misma forma en distintas víctimas, especialmente en delitos más graves, por eso quizá la víctima en algunas ocasiones necesite más tiempo para pensar si desea participar. Puede hacerse incluso estando el delincuente ya en prisión⁴⁹⁸, puesto que, si ambos quieren voluntariamente y la víctima lo necesita, no podemos privarles de este derecho que debe ser igual para todas las que sufren un delito.

5. Por último, **hay que destacar que la formación de los facilitadores o mediadores penales, no tiene que ver con la mediación y además tiene ciertos aspectos (por ejemplo, cómo gestionar el trauma) que deben ser específicos** *Si se quiere seguir las directrices de la Unión Europea, el poder acceder a los servicios de justicia restaurativa debe ser un derecho de las víctimas de cualquier delito, y por eso y para no vulnerar el principio de igualdad, todas las víctimas tendrán derecho a tomar parte en un proceso restaurativo con independencia del lugar donde se encuentren.*

(b) Propuestas de mejora de los preceptos del anteproyecto de ley de Enjuiciamiento Criminal⁴⁹⁹ en el capítulo referente a la justicia restaurativa.

Cuando estábamos llegando al final de la elaboración de esta investigación, el Consejo de Ministros aprobó un nuevo anteproyecto de ley de enjuiciamiento criminal que poco o nada tenía que ver con el pasado y que ya hemos examinado, al menos en lo relativo a la justicia restaurativa. A continuación vamos a exponer nuestra propuesta de contenido para los preceptos contemplados en el capítulo III artículos 181 a 185 ambos inclusive. Es de destacar que ya contempla justicia restaurativa como tal y no se refiere exclusivamente a la mediación penal, dando así cabida al concepto más amplio y que ya hemos analizado sobre lo que es e implica la justicia restaurativa, pero sin embargo adolece de algunas carencias como definición de justicia restaurativa, herramientas más comunes para aplicarla, justicia restaurativa en delitos graves y en la fase de ejecución.

⁴⁹⁸ Por eso una de las conclusiones de esta investigación será la de promover los programas individuales de justicia restaurativa para trabajar por separado con los afectados por el delito, una de estas propuestas sería un programa de justicia restaurativa para privados de libertad, que se ha podido poner en marcha desde abril de 2019 con resultados muy positivos.

⁴⁹⁹ Aprobado por el Consejo de Ministros el 24 noviembre de 2020 cuyo texto se puede examinar en el siguiente enlace

<https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/210126%20ANTEPROYECTO%20LECRIM%202020%20INFORMACION%20PUBLICA%20%281%29.pdf>.

De esta manera y como formamos parte de un grupo para realizar propuestas de mejora en este anteproyecto de ley hemos formulado algunos preceptos complementarios y/o formulado un contenido alternativo.

Artículo 181. Concepto y principios.⁵⁰⁰

1. Se entiende por justicia restaurativa⁵⁰¹ aquella respuesta transformadora y proporcionada al delito que respeta la dignidad y equidad de las personas afectadas construye comprensión y promueve la armonía social a través del dialogo, que permita de forma voluntaria a víctima ofensor y/o en su caso la comunidad, participar activamente en la reparación del daño resultante del delito. Los principios básicos de la justicia restaurativa son los siguientes: permitir que las partes participen activamente en la resolución del delito sobre la base de su propia voluntad y la responsabilización de la persona ofensora para así abordar cómo reparar el daño que el delito ha causado a las personas afectadas y a la sociedad en general.

3. La justicia restaurativa en su funcionamiento se sujetará a los principios de voluntariedad, gratuidad, oficialidad y confidencialidad.

2. Las partes que se sometan a un procedimiento de justicia restaurativa, antes de prestar su consentimiento, serán informadas de sus derechos, de la naturaleza de este y de las consecuencias posibles de la decisión de someterse al mismo.

⁵⁰⁰ La propuesta original dice así: Artículo 181. Principios.

1. La justicia restaurativa se sujetará a los principios de voluntariedad, gratuidad, oficialidad y confidencialidad.

2. Las partes que se sometan a un procedimiento de justicia restaurativa, antes de prestar su consentimiento, serán informadas de sus derechos, de la naturaleza de este y de las consecuencias posibles de la decisión de someterse al mismo.

3. La justicia restaurativa es voluntaria. Ninguna parte podrá ser obligada a someterse a un procedimiento de justicia restaurativa, pudiendo, en cualquier momento, revocar el consentimiento y apartarse del mismo. La negativa de las partes a someterse a un procedimiento de justicia restaurativa, o el abandono del ya iniciado, no implicará consecuencia alguna en el proceso penal.

4. Se garantizará la confidencialidad de la información que se obtenga del procedimiento de justicia restaurativa. Las informaciones vertidas en el marco del procedimiento restaurativo no podrán utilizarse posteriormente, salvo que expresamente lo acuerden las partes afectadas. El fiscal no tendrá conocimiento del desarrollo del procedimiento de justicia restaurativa hasta que este haya finalizado, en su caso, mediante la remisión del acta de reparación. En este caso lo que se ha hecho es añadir una definición de qué es justicia restaurativa de acuerdo con las normas internacionales sobre la materia.

⁵⁰¹ Esta parte principal del artículo es nueva y proponemos una definición de justicia restaurativa así como sus principios básicos que de coherencia a los restantes preceptos del capítulo.

3. La justicia restaurativa es voluntaria. Ninguna parte podrá ser obligada a someterse a un procedimiento de justicia restaurativa, pudiendo, en cualquier momento, revocar el consentimiento y apartarse del mismo.

La negativa de las partes a someterse a un procedimiento de justicia restaurativa, o el abandono del ya iniciado, no implicará consecuencia alguna en el proceso penal.

4. Se garantizará la confidencialidad de la información que se obtenga del procedimiento de justicia restaurativa. Las informaciones vertidas en el marco del procedimiento restaurativo no podrán utilizarse posteriormente, salvo que expresamente lo acuerden las partes afectadas.

El fiscal no tendrá conocimiento del desarrollo del procedimiento de justicia restaurativa hasta que este haya finalizado, en su caso, mediante la remisión del acta de reparación.

Artículo 181 bis. Prácticas o modelos a aplicables.⁵⁰²

1. Para alcanzar un resultado restaurativo, se pueden utilizar los siguientes modelos: reunión víctima-ofensor, conferencias y círculos. Pueden existir otras prácticas que no incluyan un diálogo directo entre las víctimas y los ofensores para tal fin deberán ser diseñadas y ofrecidas de tal manera que se adhieran firmemente a los principios básicos de la justicia restaurativa mencionados en el apartado 1 del artículo 180.

2. El proceso restaurativo, posible en cualquier tipología de delito, deberá ser especialmente diseñado para evitar la revictimización en aquellos casos de víctimas especialmente vulnerables o víctimas de delitos graves.

⁵⁰² Proponemos un nuevo artículo que sería el 181 bis para aclarar cuáles son las herramientas más usadas en justicia restaurativa así como las precauciones que se deben tener en cuenta en delitos de más gravedad.

Artículo 182.⁵⁰³ Sobre los Servicios de Justicia Restaurativa.⁵⁰⁴

1. Los servicios de justicia restaurativa estarán compuestos por personas formadas en justicia restaurativa y en cómo facilitar procesos restaurativos, con estudios superiores en el ámbito de las ciencias humanas, sociales y jurídicas. Serán públicos y gratuitos con dedicación exclusiva a esta finalidad y en colaboración con las oficinas de asistencia a las víctimas.
2. La ley dotará de los recursos económicos y medios necesarios para el desarrollo de este servicio público, la instauración de sus sedes y toda su infraestructura con la finalidad de alcanzar los estándares de calidad.

Artículo 183⁵⁰⁵. Procedimiento.

⁵⁰³ La propuesta del anteproyecto es la siguiente: Artículo 182. Procedimiento

1. El Ministerio Fiscal, según las circunstancias del hecho, del ofensor y de la víctima, podrá, de oficio o a instancia de parte, remitir a las partes a un procedimiento restaurativo. El inicio del procedimiento restaurativo no eximirá de la práctica de las diligencias indispensables para la comprobación de delito.
2. El decreto que lo acuerde se remitirá a los servicios de justicia restaurativa, fijando un plazo máximo para su desarrollo, que no podrá exceder de tres meses.
3. De no consentir las partes en someterse a un procedimiento restaurativo, se pondrá inmediatamente esta circunstancia en conocimiento del Ministerio Fiscal, que continuará la tramitación del procedimiento penal.
4. El equipo de justicia restaurativa podrá solicitar al fiscal la información que precise sobre el contenido del procedimiento de investigación durante el desarrollo de las sesiones.
5. También podrá el juez, de conformidad con lo establecido en este artículo, previa audiencia del fiscal, acordar que las partes acudan a un procedimiento de justicia restaurativa durante la ejecución. Se añaden cambios al hablar específicamente de los servicios de justicia restaurativa y su composición y otras modificaciones que se explican para mejorar el alcance y la aplicación de la justicia restaurativa. En todo caso el procedimiento se deja para el artículo siguiente.

⁵⁰⁴ Consideramos esencial hablar de los servicios de justicia restaurativa y por coherencia con otros textos como la ley el Estatuto de la víctima del delito determinar los aspectos esenciales de su conformación así como su funcionamiento y financiación, por tanto incluimos un precepto más en el capítulo sobre justicia restaurativa.

⁵⁰⁵ Artículo 183. Consecuencias.

1. Concluido el proceso, los servicios de justicia restaurativa emitirán un informe sobre el resultado positivo o negativo de la actividad realizada, acompañando, en caso positivo, el acta de reparación con los acuerdos a los que las partes hayan llegado. Los informes no deben revelar el contenido de las comunicaciones mantenidas entre las partes, ni expresar opinión, valoración o juicio sobre el comportamiento de las mismas durante el desarrollo del procedimiento de justicia restaurativa.
2. El documento que incorpore el acta de reparación, se firmará por las partes y por sus representantes legales, si los hubiera, entregándose una copia a cada una de ellas.
3. En este supuesto, el fiscal, valorando los acuerdos a los que las partes hayan llegado, las circunstancias concurrentes y el estado del procedimiento, podrá:
 - a) Decretar el archivo por oportunidad de conformidad con lo establecido en los artículos 175 y 176 de esta ley, imponiendo como reglas de conducta los acuerdos alcanzados por las partes. En estos casos, no serán de aplicación los requisitos establecidos en las letras a) y b) del artículo 175.1 de esta ley.
 - b) Proceder por las reglas especiales del procedimiento de conformidad. En estos supuestos, las víctimas serán siempre oídas aun cuando no se hubieran personado y la sentencia de conformidad incluirá los términos del acta de reparación. Este artículo en nuestra propuesta y con alguna modificación queda para el numeral 184.

1.- Durante la fase de instrucción, el Ministerio Fiscal, según las circunstancias del hecho, del ofensor y de la víctima, podrá, de oficio o a instancia de parte, remitir a las partes a un procedimiento restaurativo. El inicio del procedimiento restaurativo no eximirá de la práctica de las diligencias indispensables para la comprobación de delito.

3. El decreto que lo acuerde se remitirá a los servicios de justicia restaurativa, fijando un plazo máximo para su desarrollo, que no podrá exceder de tres meses.⁵⁰⁶

No obstante, podrán remitirse procedimientos a justicia restaurativa en cualquier fase del proceso penal, también en el momento de ejecución de la sentencia en cuyo caso los plazos serán más amplios acordes con las circunstancias del caso concreto.

4. De no consentir las partes en someterse a un procedimiento restaurativo, se pondrá inmediatamente esta circunstancia en conocimiento del Ministerio Fiscal, que continuará la tramitación del procedimiento penal.

5. El equipo de justicia restaurativa podrá solicitar al fiscal la información que precise sobre el contenido del procedimiento de investigación durante el desarrollo de las sesiones.

6. En la fase de enjuiciamiento o bien en la fase de ejecución, el Juez o Tribunal podrán acordar que las partes acudan a un procedimiento de justicia restaurativa. El órgano judicial determinará el plazo máximo para el desarrollo del programa restaurativo según las circunstancias del caso concreto.

Artículo 184. Consecuencias en la fase de instrucción.⁵⁰⁷

1. Concluido el proceso, los servicios de justicia restaurativa emitirán un informe sobre el resultado positivo o negativo de la actividad realizada, acompañando, en caso positivo, el acta de reparación con los acuerdos a los que las partes hayan llegado.

⁵⁰⁶ En este artículo se sugieren cambios para hablar del procedimiento en la fase de instrucción y entender que los plazos pueden ser más largos si hablamos del proceso de justicia restaurativa en ejecución de sentencia puesto que se entiende que los casos son de más gravedad y requieren de más tiempo

⁵⁰⁷ En este artículo no ha habido sugerencias ni cambios puesto tan solo podemos ver que en su redacción original corresponde al numeral 183 que consideramos acertado los efectos que puede tener en el proceso el acuerdo alcanzado en justicia restaurativa y entendemos importante que se pueda dar cabida al principio de oportunidad en delitos de menor entidad.

Los informes no deben revelar el contenido de las comunicaciones mantenidas entre las partes, ni expresar opinión, valoración o juicio sobre el comportamiento de las mismas durante el desarrollo del procedimiento de justicia restaurativa.

2. El documento que incorpore el acta de reparación, se firmará por las partes y por sus representantes legales, si los hubiera, entregándose una copia a cada una de ellas.

3. En este supuesto, el fiscal, valorando los acuerdos a los que las partes hayan llegado, las circunstancias concurrentes y el estado del procedimiento, podrá:

a) Decretar el archivo por oportunidad de conformidad con lo establecido en los artículos 175 y 176 de esta ley, imponiendo como reglas de conducta los acuerdos alcanzados por las partes.

En estos casos, no serán de aplicación los requisitos establecidos en las letras a) y b) del artículo 175.1 de esta ley.

b) Proceder por las reglas especiales del procedimiento de conformidad.

En estos supuestos, las víctimas serán siempre oídas aun cuando no se hubieran personado y la sentencia de conformidad incluirá los términos del acta de reparación.

Artículo 185. Justicia restaurativa en el juicio oral.⁵⁰⁸

1. Sin perjuicio de lo establecido en los artículos anteriores, el tribunal de enjuiciamiento podrá remitir las actuaciones al procedimiento de justicia restaurativa cuando todas las partes lo soliciten. En este supuesto, el procedimiento de justicia restaurativa se desarrollará de conformidad con lo establecido en el artículo 183 de esta ley.

2. Si se alcanzara acuerdo, las conclusiones definitivas y la sentencia incluirán la atenuante de reparación que podrá apreciarse como muy cualificada según el contenido del acuerdo.

⁵⁰⁸ El Artículo 184 en su propuesta inicial dice: Justicia restaurativa en el juicio oral.

Sin perjuicio de lo establecido en los artículos anteriores, el tribunal de enjuiciamiento podrá remitir las actuaciones al procedimiento de justicia restaurativa cuando todas las partes lo soliciten. En este supuesto, el procedimiento de justicia restaurativa se desarrollará de conformidad con lo establecido en el artículo 182 de esta ley. Si se alcanzara acuerdo, las conclusiones definitivas y la sentencia incluirán la atenuante de reparación. Consideramos muy bueno este artículo en cuanto a las posibilidades de la justicia restaurativa en el juicio oral y tan solo se han cambiado la numeración del mismo y se ha añadido la posibilidad de considerarse el atenuante de reparación como muy cualificado.

Artículo 186. Justicia Restaurativa en la fase de ejecución de sentencia.⁵⁰⁹

1. En la fase de ejecución de sentencia podrán realizarse procesos restaurativos, en los que la víctima, ofensor o, en su caso la comunidad afectada, en libre ejercicio de su autonomía, participen de forma individual o conjuntamente de forma activa en un diálogo sobre cómo el delito impactó en sus vidas con el objeto de identificar las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas, así como a coadyuvar en la reparación de la víctima y reintegración de la persona ofensora para así ayudar a la recomposición del tejido social.

2. Cuando la víctima, persona ofensora y / o comunidad alcancen un acuerdo en un proceso restaurativo y éste se cumpla, el efecto será que será similar a lo que sucede en la fase de instrucción. Fuera de lo establecido en el párrafo anterior, no habrá perjuicio ni beneficio alguno en el proceso de ejecución para la persona ofensora salvo lo previsto en la ley y reglamento penitenciario en lo referente a la progresión en grado, permisos de salida y acceso a la libertad condicional.

3. Pueden aplicarse los procesos restaurativos a que se refiere este capítulo, o bien, que las personas afectadas, esto es, víctima, ofendido y/o comunidad puedan participar en programas individuales que no impliquen encuentro conjunto⁵¹⁰.

Artículo 187. Interrupción de la prescripción.⁵¹¹

El sometimiento a justicia restaurativa en el proceso por delitos leves interrumpirá el plazo de prescripción de la correspondiente infracción penal. Consideramos que los avances respecto a la justicia restaurativa y sus múltiples posibilidades dentro del proceso penal tanto en instrucción, como juicio oral y después de la sentencia son muy importantes y marcan una gran diferencia respecto al proyecto anterior que también hemos examinado.

⁵⁰⁹ Este artículo sobre la posibilidad de justicia restaurativa en ejecución se sugiere como novedad para dar cobertura a otras posibles formas de aplicar la justicia restaurativa que a priori no impliquen reunión conjunta como los programas de justicia restaurativa que puedan existir dentro de los centros penitenciarios o para los condenados a medidas alternativas.

⁵¹⁰ De forma congruente con la recomendación CM/Rec (2018) del Comité de Ministros del Consejo de Europa se considera apropiado incluir otras posibilidades de justicia restaurativa que no impliquen encuentro conjunto cuando por las circunstancias del caso este no pueda realizarse o no sea viable o aconsejable.

⁵¹¹ En este caso el artículo ha quedado igual con una sola variación en cuanto a la numeración. De esta forma el precepto propuesto está en el numeral 185 y dice: Artículo 185. Interrupción
El sometimiento a justicia restaurativa en el proceso por delitos leves interrumpirá el plazo de prescripción de la correspondiente infracción penal

D) Ley de Responsabilidad Penal del Menor.

Las únicas referencias, si bien indirectas, a la justicia restaurativa están contempladas en la ley de responsabilidad penal del menor, en diversos artículos⁵¹².

La ley 5/2000 tiene un carácter educativo⁵¹³ tanto en el procedimiento en sí mismo como en las medidas alternativas aplicables y así la exposición de motivos entiende este carácter educativo en el interés superior del niño dando prioridad al principio de oportunidad y de intervención mínima. La apuesta de esta ley por la flexibilidad y el principio de oportunidad establece varios artículos en los que el expediente puede quedar sobreesido (arts. 18, 19, 27.4, 32 y 36 LORPM).

Además, a través de estos principios, se da acogida a la posible intervención de la institución de la conciliación, mediación o reparación.⁵¹⁴ (arts. 19 y 50.1 LORPM).

Todo esto incide directamente en este carácter principalmente educativo de las decisiones a tomar en base a esta ley y en su intención de que de esta forma se puede favorecer la reinscripción.⁵¹⁵ Por tanto, de forma muy tímida la ley parece querer que se pueda aplicar diferentes prácticas restaurativas con el objetivo que ya hemos analizado de forma general de responsabilizar a la persona adolescente por sus conductas y de procurar la mejor atención a las víctimas⁵¹⁶.

Hay que destacar que la justicia restaurativa puede aplicarse a jóvenes y adultos pero es en los jóvenes donde podría cobrar más importancia y relevancia.

⁵¹² El artículo 19 de esta ley establece: "...podrá el Ministerio Fiscal desistir del expediente atendiendo la gravedad y circunstancias del hecho y del menor, de modo particular la falta de violencia e intimidación graves en la comisión de los hechos y a las circunstancias de que el menor se haya conciliado con la víctima o haya asumido el compromiso de reparar el daño causado a la víctima o al perjudicado por el delito..." "...se entenderá por reparación el compromiso asumido por el menor con la víctima o perjudicado de realizar determinadas acciones en beneficio de aquellos o la comunidad..."

⁵¹³ No obstante, hay que matizar que las diferentes reformas realizadas en la LO 5/2000 desde su aprobación (LO 7/2000, 9/2000, 9/2002, 15/2003, 8/2006), han diluido estos principios inspiradores de la ley y de la faceta educativa de la misma. Estas reformas han llevado a que prime los parámetros sancionadores por encima de lo que en origen hablaba esta norma con referencia a la prevalencia de los principios educativos matizando el carácter sancionador en beneficio del educativo.

⁵¹⁴ Lecumberri, P. (2012) "*El principio de oportunidad y la justicia restaurativa. Mediación, conciliación y reparación en la Ley Orgánica de responsabilidad penal del menor*". Indret: Revista para el Análisis del Derecho, nº4, pp. 17-43.

⁵¹⁵ Álvarez Ramos, F. (2001) "*Análisis socioeducativo de los procesos de mediación en la Ley de Responsabilidad Penal de Menores*", en Revista de Servicios Sociales Zerbitzuan, nº 39, España, pp. 19.

⁵¹⁶ No obstante, algunos autores como Tamarit Sumalla, J M. (2002) "*La mediación reparadora en la ley de responsabilidad penal del menor*", en Tamarit, Colomer, González Cussac y Altava Laval (Coords), Justicia penal de menores y jóvenes, pp. 55 entiende que estos mecanismos fueron establecidos más bien en el interés superior del menor y no del de la víctima.

Si en adultos puede ayudar a generar este proceso de reflexión, qué no podemos decir de lo que puede implicar para los menores, que en muchos casos no comprenden ni desarrollan capacidad para reflexionar sobre el impacto de sus actos en personas concretas.⁵¹⁷ En todo caso, parece probado los muchos beneficios de las prácticas restaurativas aplicadas a menores en conflicto con la ley, sobre todo en su aspecto pedagógico y educativo ya que promueve una atención individualizada para valorar si es necesario un tratamiento específico, educa en habilidades sociales, da oportunidad a la responsabilización en detrimento del castigo y, sobre todo, favorece un proceso de autoconocimiento y reflexión de lo realizado en el menor eliminando los aspectos negativos que produce la judicialización de su caso⁵¹⁸.

Además, para muchas de las víctimas estos procesos pueden ser mucho más satisfactorios en el sentido que ya vamos a analizar en otros apartados de esta investigación, en concreto proporciona un espacio de cierre al trauma de haber sufrido un delito, procurándole una reparación adecuada a sus necesidades. En esta línea Nogueras Martín⁵¹⁹ (2001) habla de los beneficios como “la atención, escucha, información para ella, crea un espacio de reparación y de desdramatización”. Y estos efectos beneficiosos repercuten en la sociedad en general, ya que si tenemos un menor que asume el daño⁵²⁰ y se compromete a reparar, sin ningún género de dudas esto influirá en la pacificación de la sociedad y la mejora de las relaciones entre sus miembros. Podemos hacer una primera conclusión en torno a la viabilidad y coherencia de la aplicación de las prácticas restaurativas en el ámbito de menores⁵²¹ entendiendo que si ya es destacable su uso en adultos, en menores tiene un plus de beneficios específicos por las propias características de las personas adolescentes y la importancia de su reinserción para lograr unos futuros adultos alejados del delito.

⁵¹⁷ Gimeno Vidal R. (1998) “*La mediación en el ámbito penal juvenil*”. Educación social. Revista de intervención socioeducativa, número (8), pp. 29-35 el autor en este caso advierte que los jóvenes que llegan a la justicia después de haber cometido un acto delictivo generalmente no son demasiado conscientes de las consecuencias de sus actos. Saben que algo han hecho mal pero no sitúan el hecho con claridad en relación con el otro, que es quién ha sufrido el daño. Todo el proceso de mediación, con sus diferentes etapas, ayuda al joven a tomar conciencia de sus actos, a comprender su actuación y, sobre todo, a ver las consecuencias que ha causado.

⁵¹⁸ García-Pérez, O. (2011) “*La mediación en el sistema español de justicia penal de menores*”, en Revista de Criminología vol. 53, nº 2, Bogotá, pp. 73.

⁵¹⁹ Nogueras Martín, A. (2001) “*La mediación en el ámbito penal juvenil. Educar en la convivencia*” Educación Social nº. 18 pp. 48-59.

⁵²⁰ Pulido Valero, R. (2008) “*¿Es la Justicia Restaurativa una opción real?: análisis comparativo de dos programas de mediación con menores infractores*”, en Revista de Mediación nº 1, España, pp. 17.

⁵²¹ González Pillado, E. (2012) “*Mediación con menores infractores en España y países de su entorno*”. Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 56.

(a) Prácticas restaurativas contempladas en la ley 5/2000.

La ley habla de mediación, conciliación y reparación. Estas referencias de la ley son un tanto confusas puesto que la conciliación sería un mecanismo alternativo de solución de conflictos válido para dar cumplimiento al principio de oportunidad y de intervención mínima, evitando la judicialización del caso y el paso del menor por un proceso judicial, pero no sería en ningún caso una práctica restaurativa.⁵²²

Con respecto a la mediación podemos entender que se trata de una reunión víctima-ofensor que como práctica restaurativa es la más conocida en el entorno europeo.

La mediación penal⁵²³, para conseguir la reparación del daño, la pueden hacer los equipos técnicos o bien se puede externalizar en una organización no lucrativa.

Las consecuencias para los menores, si participan en un proceso restaurativo de mediación penal y reparan el daño, sería el archivo de la causa.

Respecto de la reparación del daño, esta no sería una práctica concreta sino una de las consecuencias que tiene el uso de la justicia restaurativa para las víctimas y la sociedad, esto es, el compromiso del menor de reparar el daño de acuerdo con las necesidades de la víctima si fuera posible y si no para con la sociedad como víctima indirecta.

La reparación, por tanto, podría darse como consecuencia de la realización de un proceso de conciliación o de mediación⁵²⁴, así el artículo art. 19.3 que “se entenderá por reparación el compromiso asumido por el menor con la víctima o perjudicado de realizar determinadas acciones en beneficio de aquéllos o de la comunidad, seguido de su realización efectiva”. De esta manera, es especialmente importante esta reparación para cuando la víctima no quiere participar o no necesita ser reparada, pues se puede buscar una reparación, como ya se ha comentado, a la sociedad como víctima indirecta de los delitos.

⁵²² A este respecto nos remitimos a lo explicado en esta investigación sobre las diferencias sustanciales entre prácticas restaurativas y mecanismos alternativos, como el uso de estas últimas en conflictos donde hay una corresponsabilidad y un equilibrio dejando las prácticas restaurativas para casos donde existen un desequilibrio porque no hay conflicto co-construido.

⁵²³ Con relación a esto, la mediación penal o reunión víctima -infractor no sería la única práctica restaurativa ideal para trabajar con víctimas e infractores como ya hemos visto; así cabe destacar para adolescentes el trabajo de Coates, R, Umbreit, M. y Vos, B. (2003) “*Restorative justice circles: en exploratory study*”. Contemporary Justice review, 6 (3), pp. 265-278.

⁵²⁴ Zaragoza Tejada, J.I. (2017) “*La mediación y la Justicia Restaurativa en el procedimiento penal del menor*”, en De La Cuesta, J.L. y Subijana, I.J. “*Justicia restaurativa y terapéutica: hacia innovadores modelos de justicia*”. Valencia. Tirant lo Blanch, pp. 389.

Aunque las referencias a la justicia restaurativa se concretan en diferentes prácticas y realmente no muy clarificadores es de destacar el hecho de que la ley penal del menor prevé unos mecanismos que tímidamente se fundamentan en la filosofía de la justicia restaurativa, basada en dar participación a la víctima en el proceso y conseguir, con todo esto, una mejor satisfacción de su interés vulnerado como consecuencia de la comisión de un acto delictivo. Así y aunque parece que estas prácticas están más orientadas al interés del menor no deja de ser importante su formulación para superar la consideración de las víctimas como meras “estatuas de piedra.”⁵²⁵

(b) Posibilidades de aplicación de estas prácticas restaurativas dentro de la ley.

En este caso se puede contemplar la distinción igual que en adultos en la fase de instrucción, intermedia o ya en la audiencia.

1- En la fase de instrucción.

El artículo 18 LORPM, relativo al desistimiento de la incoación del expediente por corrección en el ámbito educativo y familiar, establece que el Ministerio Fiscal podrá desistir de la incoación del expediente cuando los hechos denunciados constituyan delitos menos graves sin violencia o intimidación en las personas. Es un primer acercamiento al principio de oportunidad y daría cabida a la aplicación de las prácticas restaurativas si lo entendemos en coherencia con el artículo 19 del que ya hemos hablado y que establece el sobreseimiento del expediente por conciliación o reparación entre el menor y la víctima⁵²⁶. En todo caso se deberá tratar de delitos que no revista especial violencia o intimidación⁵²⁷ es decir la ley tanto para la aplicación del principio de oportunidad en sentido estricto como las prácticas restaurativas nos está indicando que no estaría permitido en delitos de más gravedad.

⁵²⁵ Queralt Jiménez, J.J. (1996) “Victimas y garantías: algunos cabos sueltos. A propósito del proyecto alternativo de reparación.” Anuario de derecho penal y Ciencias penales, T. XLIX fascículo I, pp. 342 y ss.

⁵²⁶ Montesinos García, A. (2017) “La mediación penal”. En Tratado de Mediación. Tirant lo Blanch, pp 30.

⁵²⁷ Sobre la violencia e intimidación y la aplicación de este desistimiento nos remitimos a la Circular 1/2007 de la Fiscalía General del Estado, 23 de noviembre, sobre criterios interpretativo de la legislación penal de menores de 2006 así, el Ministerio Fiscal podrá desistir de la incoación del expediente cuando los hechos denunciados constituyan delitos menos graves sin violencia o intimidación en las personas o faltas, tipificadas en el Código Penal o en las leyes penales especiales. En tal caso, el Ministerio Fiscal dará traslado de lo actuado a la entidad pública de protección de menores para la aplicación de lo establecido en el artículo 3 de la presente Ley. Además, el Ministerio Fiscal comunicará a los ofendidos o perjudicados conocidos el desistimiento acordado. No obstante, cuando conste que el menor ha cometido con anterioridad otros hechos de la misma naturaleza, el Ministerio Fiscal deberá incoar el expediente y, en su caso, actuar conforme autoriza el artículo 27.4 de la presente Ley.

2- En la fase intermedia.

El artículo 32 prevé la posibilidad de una sentencia de conformidad, si el menor estuviera de acuerdo con las medidas que se contemplan imponer y con la responsabilidad civil.

Este momento sería también oportuno para dar fin a un proceso restaurativo previo entre el menor y la víctima que se plasmaría igual que en adultos con una sentencia de conformidad.

3- En la fase de audiencia.

Igual que el artículo 32, el 36⁵²⁸ contempla la conformidad en el acto del juicio y sería también otra oportunidad para plasmar el acuerdo alcanzado en un proceso restaurativo.

También igual que en adultos se plantea la sustitución o suspensión de la medida impuesta y especial relevancia tiene el artículo 51.3 de la ley por cuanto establece: “La conciliación del menor con la víctima, en cualquier momento en que se produzca el acuerdo entre ambos a que se refiere el artículo 19 de la presente Ley, podrá dejar sin efecto la medida impuesta cuando el Juez, a propuesta del Ministerio Fiscal o del letrado del menor y oídos el equipo técnico y la representación de la entidad pública de protección o reforma de menores, juzgue que dicho acto y el tiempo de duración de la medida ya cumplido expresan suficientemente el reproche que merecen los hechos cometidos por el menor”.

(c) Conclusiones.

La ley de responsabilidad penal del menor prioriza en las prácticas restaurativas como una alternativa al proceso penal⁵²⁹, entendiéndose que dadas las características de los victimarios y la primacía del interés superior del menor es importante siempre que sea

⁵²⁸ En este sentido el artículo 36 establece el procedimiento a seguir: “1. El secretario judicial informará al menor expedientado, en un lenguaje comprensible y adaptado a su edad, de las medidas y responsabilidad civil solicitadas por el Ministerio Fiscal y, en su caso, la acusación particular y el actor civil, en sus escritos de alegaciones, así como de los hechos y de la causa en que se funden.

2. El Juez seguidamente preguntará al menor si se declara autor de los hechos y si está de acuerdo con las medidas solicitadas y con la responsabilidad civil. Si mostrase su conformidad con dichos extremos, oídos el letrado del menor y la persona o personas contra quienes se dirija la acción civil, el Juez podrá dictar resolución de conformidad. Si el letrado no estuviese de acuerdo con la conformidad prestada por el propio menor, el Juez resolverá sobre la continuación o no de la audiencia, razonando esta decisión en la sentencia.

3. Si el menor estuviere conforme con los hechos pero no con la medida solicitada, se sustanciará el trámite de la audiencia sólo en lo relativo a este último extremo, practicándose la prueba propuesta a fin de determinar la aplicación de dicha medida o su sustitución por otra más adecuada al interés del menor y que haya sido propuesta por alguna de las partes.

4. Cuando el menor o la persona o personas contra quienes se dirija la acción civil no estuvieren conformes con la responsabilidad civil solicitada, se sustanciará el trámite de la audiencia sólo en lo relativo a este último extremo, practicándose la prueba propuesta a fin de determinar el alcance de aquélla”

⁵²⁹ Castillejo Manzanares, R. (2011) “*La mediación en el proceso de menores*”, Revista de Derecho Penal, (32), pp. 9-28.

posible la evitación del juicio y la prevalencia de medidas educativas y no punitivas que profundicen en el proceso de responsabilización del menor.

Además, dando especial relevancia al principio de oportunidad contempla diferentes momentos en los que sería posible la plasmación del acuerdo alcanzado en justicia restaurativa dentro del proceso penal. Sin embargo, entendemos que adolece de algunas imprecisiones al contemplar como prácticas restaurativas mecanismos que o bien no lo son, o realmente son una consecuencia y no una metodología como la reparación del daño⁵³⁰. Asimismo hubiese sido deseable siguiendo el espíritu de la ley contemplar las prácticas restaurativas en ejecución de sentencia, para primar a pesar de la gravedad del delito la reeducación y reinserción del menor. Consideramos que sería importante revisar la ley e incorporar de forma clara qué prácticas restaurativas se pueden utilizar, añadiendo las que incluyen a la comunidad⁵³¹ parte importante para la ley en la reeducación del menor. Además, debiera eliminarse la limitación a delitos menos graves entendiendo que en los de más entidad no primaría el principio de oportunidad sino que se trataría de un complemento al proceso penal juvenil. En todo caso, a pesar de las imprecisiones consideramos acertados estos mecanismos puesto que por la especialización del proceso penal juvenil y sus características diferenciadas podríamos afirmar que la justicia juvenil debiera ser per se restaurativa⁵³².

E) La ley Orgánica General Penitenciaria.

En casi todos los países ha ido surgiendo una nueva corriente político-criminal que encuentra necesaria la inclusión de la reparación a la víctima⁵³³ en el sistema punitivo sancionador y en el derecho penitenciario. Según Nistal Burón⁵³⁴ en la mayoría de los casos ello va vinculado al esfuerzo por alcanzar un acuerdo de compensación, es decir, una reconciliación entre el autor y la víctima...”.

⁵³⁰ Cruz Márquez, B. (2005) “La mediación en la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores: conciliación y reparación del daño”, RECP, (7), pp. 1-34.

⁵³¹ Existen otras prácticas restaurativas más inclusivas por permitir participar a la comunidad de forma más general y que ya hemos analizado se trataría de los círculos y conferencias en sus diferentes clases y variedades.

⁵³² García Pérez, O. (2011) “La mediación en el sistema español de justicia penal de menores”, Rev. Crim., (53-2), pp. 73-98.

⁵³³ Ya hemos citado a Roxin, destacando aquí de nuevo Roxin, C. (1999) “Pena y reparación”. En ADPCP nºLII, P. 5-15.

⁵³⁴ Op. Cit, Nistal, pp.23.

Esta corriente se apreció con la ley Orgánica 7/2003 de medidas para reforma del Código penal para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, a pesar de los objetivos punitivos y de aumento de las penas, se introdujo la satisfacción o compensación a la víctima. Es cierto que en nada favoreció la posición de la persona ofensora dentro del sistema, que sí hizo más punitivo y retardó la consecución de beneficios penitenciarios pero introdujo reformas para dar mayor protagonismo a la víctima, un eje esencial para la justicia restaurativa. Y así reformó el artículo 72.5⁵³⁵ y 6⁵³⁶ de la ley orgánica general penitenciaria introduciendo la necesidad de reparar el daño causado a la víctima para acceder al régimen de semilibertad y también para el acceso a la libertad condicional (que ahora es suspensión de la condena tras la entrada en vigor de la ley 1/2015 de reforma del código penal). En estos casos, la reparación se contempla que pueda ser no solo material sino también moral.

Este precepto abre la posibilidad de incardinar un proceso restaurativo, también estando el infractor en prisión, y para delitos graves, porque la ley para progresar en grado exige ya unos mínimos requisitos como la reparación de los perjuicios, incorporando además los perjuicios morales⁵³⁷.

La Ley Orgánica General Penitenciaria en palabras de uno de sus impulsores Carlos García Valdés⁵³⁸ surgió bajo la creencia de que los responsables de un delito, una vez presos, han de obtener un trato correcto y un tratamiento recuperador y que el Estado ha de detenerse en ellos, sin perjuicio de no olvidar a las víctimas.

⁵³⁵ De esta forma vemos como el artículo 72. 5 habla expresamente de la reparación del daño no solo material sino moral, así dice: “La clasificación o progresión al tercer grado de tratamiento requerirá, además de los requisitos previstos por el Código Penal, que el penado haya satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito, considerando a tales efectos la conducta efectivamente observada en orden a restituir lo sustraído, reparar el daño e indemnizar los perjuicios materiales y morales; las condiciones personales y patrimoniales del culpable, a efectos de valorar su capacidad real, presente y futura para satisfacer la responsabilidad civil que le correspondiera; las garantías que permitan asegurar la satisfacción futura; la estimación del enriquecimiento que el culpable hubiera obtenido por la comisión del delito y, en su caso, el daño o entorpecimiento producido al servicio público, así como la naturaleza de los daños y perjuicios causados por el delito, el número de perjudicados y su condición...”

⁵³⁶ El artículo 72.6 de la ley orgánica general penitenciaria constituye un ejemplo de reparación moral (ya lo vimos al hablar de la atenuante de reparación del daño) y para casos de delitos de terrorismo, pues exige además del pago de las responsabilidades el hecho de haber abandonado los fines y medios terroristas y colaboración activa para impedir la producción de otros delitos.

⁵³⁷ Además, esto viene favorecido por la Administración penitenciaria quienes han adoptado el criterio de interpretación lo más flexible posible, por eso la instrucción 2/2005 de 15 de marzo, exige el pago efectivo, “solo cuando el victimario disponga de recursos necesarios para hacer frente a la responsabilidad civil y la simple voluntad de hacerlo cuando este no disponga de esos recursos...”

⁵³⁸ García Valdés, C. (2009) “*La Ley Penitenciaria: los orígenes de una norma que cumplirá treinta años de vigencia*”. La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario, nº. 56, pp. 1.

Sin embargo, las sucesivas reformas han hecho que el principal objetivo que se planteó cuando se aprobó la Ley Orgánica General Penitenciaria (LOGP) en 1979 no haya obtenido el resultado esperado, esto es la reeducación y reinserción⁵³⁹.

En general, no está funcionando correctamente y es que los privados de libertad no suelen reinsertarse en la sociedad tras su paso por la cárcel, es más, en muchos casos acaban victimizándose -victimización terciaria⁵⁴⁰-, fruto en nuestra opinión de no aplicarse debidamente el principio de individualización científica y de no dar oportunidades a los que, a diferencia de otros internos, manifiestan su voluntad de no volver a delinquir y toman medidas para ello a través de los diferentes programas tratamientos⁵⁴¹ a los que incluiríamos los de justicia restaurativa.

Además existe otro problema y es que los ciudadanos no tienen confianza en la eficacia del sistema jurídico penal sobre todo en el ámbito penitenciario⁵⁴².

El sistema no les ofrece garantías suficientes de que el infractor no volverá a delinquir y que efectivamente está reinsertado, eso los lleva considerar que el sistema es muy benévolo con los infractores, con el consiguiente sentimiento de impunidad⁵⁴³ y la idea generalizada de clamar por penas más duras.

Esta situación ha llevado como hemos visto a sucesivas reformas y mucho más punitivas como la prisión permanente revisable que ponen en entredicho el objetivo de la reeducación y reinserción en favor de la seguridad.

De esta manera, la LOGP adelantada en su tiempo, parece estar sufriendo un retroceso sobre todo si la analizamos a la luz de las sucesivas reformas del código penal.

⁵³⁹ El artículo 1 de la LOGP establece que “el fin primordial de las Instituciones Penitenciarias es la reeducación y reinserción social de los condenados a pena de prisión, así como la retención y custodia de los detenidos, presos y penados, a la par que una labor asistencial y de ayuda para internos y liberados (...)”.

⁵⁴⁰ Clemente, M. (1997) “*Los efectos psicológicos y psicosociales del encarcelamiento*” en Clemente, M. y Núñez, J (coord.). “*Psicología Penitenciaria II*”, Madrid, Fundación Universitaria Empresa, pp. 383-407.

⁵⁴¹ Cervelló Donderís, V. (2006) “*Responsabilidad civil y tratamiento penitenciario*”. Cuadernos de derecho judicial. Derecho penitenciario: incidencias de las nuevas modificaciones. Nº22, pp. 89-141

⁵⁴² Mapelli Cafarena, B. y Terradillos Basoco, J. (1996) “*Las consecuencias jurídicas del delito*”. Madrid, ed Civitas, pp.115 y ss.

⁵⁴³ Pozuelo Pérez, L. (2013) “*La política criminal mediática: génesis, desarrollo y clases*”, Ed. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y sociales.

En este sentido, debiera retomarse el espíritu con el que surgió en origen y generalizar el uso del principio de individualización científica⁵⁴⁴ y las medidas alternativas⁵⁴⁵ a la prisión siempre que sean posible. Puesto que no debe implicar las mismas consecuencias penitenciarias y regimentales, un privado de libertad que asume sus actos, tiene un compromiso de reparar el daño y está realizando los programas tratamientos necesarios para neutralizar las causas que lo llevaron a delinquir que el que entra en prisión y solo se dedica a esperar a que pase el tiempo de condena, con una actitud meramente pasiva⁵⁴⁶.

Nada obsta por tanto, que tras un proceso de justicia restaurativa, en el que el infractor ha escuchado el impacto que el delito tuvo en la víctima, y voluntariamente se ha comprometido a compensar o mitigar el daño, éste pueda ser clasificado en un grado más beneficioso o pueda directamente progresar en grado, son beneficios penitenciarios que contempla la ley, pero que una vez más, a través de la justicia restaurativa pueden otorgarse de una forma más útil y satisfactoria para todos, ya que la víctima, la otra parte interesada en el delito, junto con el infractor y la comunidad, habrá visto satisfechas sus necesidades, en especial, la de reparación del daño⁵⁴⁷.

Los reproches abolicionistas no fueron como hemos visto solo frente al derecho penal sino también el penitenciario entendiendo que las prisiones no solucionan el problema de la delincuencia sino que lo magnifican.⁵⁴⁸ Estos autores entienden que precisamente las cárceles son el problema, no la solución. Frente a estos postulados consideramos que la sociedad no está preparada para la desaparición de las cárceles pero si podemos desarrollarlas en otros parámetros que no se basen en la jerarquía estricta, disciplina y sumisión sino que el enfoque sea restaurativo y tratamental⁵⁴⁹.

⁵⁴⁴ Manzanares Samaniego, J.L. (2015) "La crisis del sistema penitenciario español de individualización científica" en Diario La Ley, N° 8568.

⁵⁴⁵ Cid Moliné, J. (2007) "¿Es la prisión criminógena? Un análisis comparativo de reincidencia entre la pena de prisión y la suspensión de la pena" en Revista de derecho penal y criminología, N° 19, pp. 427-456.

⁵⁴⁶ Actitud pasiva en el sentido del que ya hemos hablado de sentirse víctimas del sistema, a este respecto merece la pena destacar a Neuman, E. (1988) "El preso víctima del Sistema penal" en Cuaderno Eguzkilore: Cuaderno del Instituto. Vasco de Criminología, N° Extra 1, pp. 93-114.

⁵⁴⁷ Quintero Olivares, G. (2004) "La responsabilidad civil y la reparación en la política criminal contemporánea" en Responsabilidad civil "ex delicto", Cuadernos de Derecho Judicial, N° 16, pp. 13-46.

⁵⁴⁸ A este respecto, autores no abolicionistas como Goulding D. y Steels B. (2008) "Restorative Prison: Towards Radical Prison Reform", Current Issues Crim. Just, 20, pp. 231 hablan de las consecuencias negativas del internamiento en prisión y afirman "que las prisiones, por su propia naturaleza, su organización jerárquica y su arquitectura, constituyen la personificación del secretismo, la invisibilidad, el aislamiento y la falta de responsabilidad". Según estos autores las cárceles en lugar de ayudar a la reinserción a los privados de libertad la limitan porque los aísla y fomenta actitudes anti sociales.

⁵⁴⁹ A este respecto véase la propuesta que estamos realizando en el Centro penitenciario de Burgos con el apoyo de la dirección del centro para transformar la cárcel de Burgos en un centro penitenciario restaurativo.

A pesar de ser un punto intermedio existen autores como Guidoni⁵⁵⁰ que entienden que “la justicia restaurativa debe usarse no como una forma de reformar las prisiones, sino como una alternativa a la prisión” porque en otro caso se corre el riesgo de que legitimar el castigo.

Aunque es cierto que pueden correrse riesgos si tenemos en cuenta los principios y valores básicos de la justicia restaurativa y además propiciamos que la justicia restaurativa sea el eje transversal de los programas de tratamiento y de la gestión del centro podemos lograr un lugar en el que los privados de libertad no se sientan castigados sino en proceso de reflexión sobre lo realizado para decidir qué quieren hacer al salir.

(a) Centro penitenciario restaurativo (elaboración propia a propuesta del centro penitenciario de Burgos y presentado oficialmente el día 4 de diciembre de 2020).⁵⁵¹

1- Introducción.

Es una realidad que pensamos que somos punitivos, el ambiente, nuestro entorno y nuestra cultura nos dice que el que hace mal debe ser castigado. Esto se traduce en que el que comete delitos debe ser castigado, pero en muy pocas ocasiones pensamos ¿Qué lleva a una persona a ello?. Lo peor es que pensamos que aislando podemos manejar la solución, todavía pensamos aquello de: “la letra con sangre entra”.

Y ahí es donde están las cárceles, en las que los aislamos de la sociedad, los ponemos en contacto con relaciones destructivas y en muchos casos cada día menos, se dedican a dejar pasar las horas y los días hasta su salida, así es difícil pensar que una persona pueda cambiar. No tenemos en cuenta que, sin duda, quizá sí tienen voluntad de cambiar pero que la situación dentro y cuando salen no se lo pone fácil.

https://www.institucionpenitenciaria.es/es/gabinete-de-prensa/notas-de-prensa?p_p_id=genericseeker_INSTANCE_uXD5z5Xpq9lu&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&genericseeker_INSTANCE_uXD5z5Xpq9lu_idArticle=1&genericseeker_INSTANCE_uXD5z5Xpq9lu_idPagination=3&genericseeker_INSTANCE_uXD5z5Xpq9lu_page=%2Fnew.jsp

Última consulta 11 enero de 2021.

⁵⁵⁰ Guidoni, O. V. (2003) “*The ambivalences of restorative justice: Some reflections on an Italian prisión project*” In: Contemporary Justice Review 6, pp. 55-68.

⁵⁵¹ Nos remitimos a la nota de prensa realizada por Instituciones penitenciarias a propósito de la presentación del proyecto de forma pública. Asimismo se puede consultar el video explicativo del proyecto, <https://www.youtube.com/watch?v=SzhSpg4d3iw&feature=youtu.be>.

En este caso, tampoco podemos pensar que la sociedad está preparada para la desaparición de las cárceles toda vez que nos da seguridad y nos da la sensación de que las personas que cometen delitos reciben el reproche de todos nosotros. Entonces ¿qué podemos hacer? Crear centros penitenciarios restaurativos. Para ello necesitamos cambiar el enfoque a nivel administrativo, relacional, espacial e individual. Si entendemos que la justicia restaurativa es una respuesta diferente de abordar los daños que surgen tras el delito respetando la dignidad de cada uno de los afectados lo más lógico sería una visión integradora y multidisciplinar que tengan en cuenta no solo la aplicación práctica de esta justicia a través de sus diferentes metodologías y programas sino que tengamos un entorno pro justicia restaurativa, para ello sería necesario crear espacios restaurativos, concienciar funcionarios, influenciar del espíritu restaurativo a todos los que de alguna manera están trabajando y pertenecen al ámbito de los centros penitenciarios para que se pueda transformar el espíritu y funcionamiento de los centros penitenciarios y sobre todo el sentimiento y aptitud de los que se encuentran privados de libertad.

2- **Fundamentación jurídica.**

Recomendación rec. (2006) 2 rev- del Comité de ministros a los estados miembros sobre las Reglas Europeas de Prisiones (adoptada por el Comité de Ministros el 11 de enero de 2006 y modificada por el Comité de Ministros del 1 de julio de 2020) son el eje fundamental para destacar la necesidad de establecer centros penitenciarios restaurativos.

Respecto de las reglas europeas de prisiones en la parte 1, principios básicos, su apartado 5 establece que *“la vida en prisión se aproximará lo más posible a los aspectos positivos de la vida en comunidad”*. Esto viene a corroborar una doble necesidad: generar en ellos la idea de que siguen perteneciendo a la comunidad, y que momentáneamente su comunidad será la del centro penitenciario donde se hallen destinados y en segundo lugar que deben entender que no están castigados sino que están en proceso de reflexión profunda para entender el impacto de sus acciones y querer cambiar.

Por eso, y como su vida dentro debe parecerse lo más posible a fuera, se les va a hacer comprender que todo derecho lleva aparejado responsabilidades, y en este caso, necesitan pensar qué pueden aportar por su entorno mientras dure su estancia en el centro.

24.5 “Las autoridades penitenciarias ayudarán a los presos a mantener un contacto adecuado con el mundo exterior⁵⁵² y les proporcionarán el apoyo social adecuado para hacerlo”. Entendemos que para que el centro penitenciario sea restaurativo desde el principio deben estar implicados funcionarios y otras personas que trabajan allí porque también forman parte de lo que hemos llamado comunidad del centro penitenciario.

Por eso, en un proceso de cooperación las autoridades y funcionarios deben transmitir a los internos que pueden ser agentes de cambio para los que lleguen después y asimismo en este proceso, los internos más antiguos deben ayudar a los funcionarios y autoridades creando un clima de confianza, seguridad, cooperación, relaciones sanas y responsabilidad. Asumiendo que lo que uno hace dentro afecta a los demás y a la inversa, exactamente igual que cuando salgan y se reincorporen a la sociedad.

La idea esencial es transmitirles lo que los incas llamaron AYNI, es una palabra quechua que significa cooperación y solidaridad recíproca. Más que palabra, es una forma de vida de los pueblos originarios; americanos en general y andinos en particular, que se manifiesta como relaciones sociales basadas en la ayuda mutua y reciprocidad. El enfoque restaurativo está basado en prácticas tradicionales de pueblos indígenas y este es un buen ejemplo, sin querer resultar extraño hablarles de prácticas incas, queremos que entiendan la importancia de las relaciones y pertenecer a la comunidad⁵⁵³.

Primero la comunidad del centro y cuando salgan la sociedad. En ambos casos, deben pensar qué pueden aportar como paso previo para valorar la reparación o compensación de los posibles daños que hicieron.

25.2” *Este régimen permitirá que todos los prisioneros pasen tantas horas al día fuera de sus celdas como sea necesario para un nivel adecuado de interacción humana y social*”. El enfoque restaurativo se basa en la humanización⁵⁵⁴, y para ello es necesario mitigar lo más posible la idea de encierro y aislamiento, por tanto es importante que no se pierda la interacción humana y que los internos puedan pasar tiempo relacionándose.

⁵⁵² Lamarca Pérez, C. (1992-1993) “Régimen penitenciario y derechos fundamentales” en Estudios penales y criminológicos, N° 16, pp. 207-248.

⁵⁵³ Altamirano Enciso, A. J. y Bueno Mendoza, A. (2011) “El ayni y la minka: dos formas colectivas de trabajo de las sociedades pre-Chavín”, recuperado de <file:///C:/Users/virsu/Downloads/26650.pdf>.

⁵⁵⁴ Mapelli Caffarena, B. (1993) “El Sistema Penitenciario, los Derechos Humanos y la Jurisprudencia Constitucional” en Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, N° 1, Universidad Carlos III. Madrid, pp. 427- 444.

Además es esencial que algunos de ellos, los que hayan asumido lo que es la justicia restaurativa y este enfoque puedan transmitirlo a los que vengan, así trabajando el enfoque restaurativo y humano desde ellos, con ellos y para ellos, es más fácil que llegue el mensaje independientemente del apoyo de funcionarios, autoridades y de programas de justicia restaurativa que se realicen dentro del centro.

30.1 “*se refiere al deber de información cuando un interno llegue al centro*”, en un Centro penitenciario restaurativo, se le informaría al penado, de las características del centro, normas, actividades, programas y posibilidades, derechos y deberes y qué es justicia restaurativa y cómo puede desde el inicio implicarse en este sistema organizacional y de tratamiento humanizador y restaurativo que genera un fortalecimiento de los lazos de los internos dentro y su posibilidad de aumentar estos lazos con la sociedad cuando salgan.

56. 2 “*prevé el uso de mecanismos de restauración*”, lo que viene siendo las diferentes prácticas restaurativas así como de mediación para la resolución de los conflictos, siendo el castigo el último recurso.

En todo caso, el uso de la justicia restaurativa está destinado no solo al programa de tratamiento para generar responsabilización, voluntad de reparación y de reconectar con la sociedad, sino que se puede usar para resolver problemas cotidianos de forma más comunitaria o usar la mediación para conflictos co- construidos entre dos internos. Se trata de buscar la humanización y las bondades de la justicia restaurativa a todos los niveles. También sería deseable para problemas entre internos y funcionarios y/u otras autoridades.

70.2 “*Si un método alternativo para resolver una queja o solicitud parece apropiado debe probarse primero*”. Por tanto, se pueden y deben en un centro penitenciario restaurativo buscarse mecanismos restaurativos para atender quejas y solicitudes.

72.1” *Las cárceles se administrarán dentro de un contexto ético que reconozca la obligación de tratar a todos los prisioneros con humanidad...*” y 72.2” *El personal deberá manifestar un claro sentido de propósito del sistema penitenciario. La gerencia debe proporcionar liderazgo sobre la mejor forma de lograr este propósito*”. De esta forma todo interno que llegue al centro penitenciario restaurativo recibirá información clara sobre cómo se funciona dentro de él y que se espera que aporte al centro.

Igual se trabajará con funcionarios y demás personas vinculadas al centro para en un esfuerzo común se logre el objetivo de lograr un centro penitenciario restaurativo, más humano, que tengan en cuenta las características individuales de cada interno⁵⁵⁵ que vive dentro pero a su vez promueve la idea del bien común y de la importancia de aportar a la comunidad del centro penitenciario

90” *respecto a la conciencia pública*”, se debería informar al público en general de forma habitual lo que implica un centro penitenciario restaurativo para que la sociedad conozca los avances de los internos y vea que la reinserción es posible

103.3 “*Se alentará a los presos condenados a participar en la elaboración de sus planes individuales*”⁵⁵⁶, por eso, de forma periódica se informará a la comunidad penitenciaria qué es la justicia restaurativa, y los diferentes programas, asimismo se hará algo similar a su llegada al centro. Siempre que sea requerido por el interno podrá acudir al espacio restaurativo que se cree dentro del centro para informarse de qué posibilidades tiene o qué puede hacer dentro del centro. 104.2 sería esencial la posibilidad de que se revise de forma periódica los planes de cara interno en base a sus logros personales, sus aportes a otros compañeros y al centro en general.

3-Elementos y aspectos para configurar un centro penitenciario restaurativo.

Información sobre el centro y sus actividades al llegar.

Cada interno que llegue al centro recibirá información de lo que se espera de él, actividades, programas y qué es e implica la justicia restaurativa y en qué medida puede colaborar en este enfoque restaurativo.

Jornadas informativas para internos y otras personas interesadas.

De forma periódica (puede ser cada tres meses) se informará a los internos lo que es la justicia restaurativa, lo que implica un centro donde existe la justicia restaurativa y que se espera de ellos. Se motivará que los más interesados realicen una profunda reflexión sobre lo que han escuchado.

⁵⁵⁵ Workman, K. (2016)” *Restorative Justice in New Zealand Prisons: Lessons from the Past*”. Prison Service Journal. 228, pp. 21-29.

⁵⁵⁶ Mapelli Caffarena, B. (2006) “Una nueva versión de las normas penitenciarias europeas”. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (en línea). 2006, núm. 08-r1, p. r1:1- r1:44. Recuperado de <http://criminet.ugr.es/recpc/08/recpc08-r1.pdf>].

En base a esto, enviarán sus reflexiones que servirán para seleccionar candidatos para los grupos que se hagan sucesivamente sobre el programa de justicia restaurativa reconexión

Programa de justicia restaurativa-reconexión.

El programa⁵⁵⁷ se realizará periódicamente en grupos de aproximadamente 12 internos pueden ser de diferentes delitos, salvo que las circunstancias de los participantes o de la clase de delito aconseje hacer un grupo unitario.

Es el eje esencial porque de este programa pueden salir los internos que sirvan de apoyo y como agentes de cambio dentro del centro penitenciario.

Agentes de cambio dentro del centro.

Son internos que han asumido internamente qué es la justicia restaurativa⁵⁵⁸, y han participado en el programa reconexión. Su función será la de servir de ejemplo para otros internos, motivarlos aunque no participen en el programa a que entienda y reflexionen sobre el impacto de sus acciones. Extender entre sus compañeros la idea esencial de que están dentro del centro no para ser castigados sino para reflexionar⁵⁵⁹ y en base a esto aportar algo bueno a la sociedad, pero en su caso comenzarán con aportar algo bueno dentro del centro. Por ejemplo, sirviendo de apoyo a nuevos internos, pacificando las relaciones, propiciando que deseen participar en el programa, se apunten a actividades formativas o de tratamiento...etc.

Espacios restaurativos dentro del centro.

Serían espacios habilitados para tal fin donde cualquier interno pueda acudir para solventar dudas, hacer consultas sobre qué puede hacer dentro del centro, qué actividades solicitar o qué puede aportar para los compañeros. También sería un lugar donde pueda acudir a recibir información de otros internos (agentes de cambio) sobre sus expectativas o simplemente consejo y asesoramiento. Estos espacios restaurativos estarán gestionados por internos que hayan participado en el programa de justicia restaurativa reconexión y por sus cualidades y aptitudes hayan sido nombrados agentes de cambio.

⁵⁵⁷ Este programa forma parte de las conclusiones de esta investigación y una de las propuestas que hemos podido poner en marcha desde el año 2019.

⁵⁵⁸ Johnstone, G. (2007) “*Restorative justice and the practice of imprisonment*”. Prison Service Journal, 174, pp. 15-20.

⁵⁵⁹ Algunas personas pueden pensar que es buenismo pero se trata de cumplir una máxima de la justicia restaurativa ser duros con el delito y condescendientes con las personas que hay detrás.

En determinadas horas o a petición o solicitud de un interno, o un agente de cambio, podrán estar presentes las facilitadoras del programa de justicia restaurativa para colaborar en la atención a los internos que lo requieran o como apoyo a los agentes de cambio.

Buzón de sugerencias.

Como parte del compromiso de mejorar la comunidad penitenciaria se creará un buzón de sugerencias donde cada interno pueda depositar ideas de cómo mejorar la convivencia, las actividades o algún aspecto del día a día del centro.

Prácticas restaurativas⁵⁶⁰ de círculos para resolver conflictos interpersonales que afecten a varios internos o internos y funcionarios.

Sabemos que los internos tienen reuniones de galería en círculos pero lo ideal sería que la estructura sea totalmente la de los círculos y tengan las características propias que tiene esta práctica. Asimismo a petición de algún interesado que lo solicite y se aprecie su pertinencia podrá convocarse a los interesados para dialogar sobre el conflicto que pueden surgir entre ellos derivados de la convivencia e intentar tomar soluciones de forma conjunta, comunitaria y teniendo como objetivo del bien común.

Estos círculos de solución de conflictos los podrá gestionar las facilitadoras, algún interno que haya participado en el programa y sea agente de cambio, o presidentes de galería debidamente formados para tal fin. Si los funcionarios quisieran y se trata de algún conflicto que les afecte directa o indirectamente podrán participar o tomar parte del círculo.

Información de forma individual sobre lo que implica estar en un centro restaurativo.

Se tratará de que cada interno a través de los contactos con los profesionales que están dentro del centro puedan reflexionar y asumir el espíritu de la justicia restaurativa como propio. Por eso, se potenciará que entiendan y reflexionen sobre por qué están dentro del centro y qué pueden aportar dentro y fuera.

⁵⁶⁰ Martínez Sánchez, C. (2015) “*La justicia restaurativa y un modelo integrador de justicia penal*” en Revista de derecho UNED, N°. 16, pp. 1237-1263.

Si fuera necesario los profesionales podrán derivarlos al espacio restaurativo para que reciban consejo, información o asesoramiento de los agentes de cambio o en su caso de las facilitadoras del programa reconexión.

4-Elementos para ayudar a esta configuración.

Implicación de los funcionarios y otros profesionales que trabajan allí, es importante el apoyo y compromiso para favorecer el enfoque restaurativo que en sus competencias será la individualización de cada caso, el tratamiento diferenciado de cada interno según sus circunstancias y según sea su proceso de reflexión. En este punto, nos remitimos al aspecto organizacional y administrativo que se elabore y pueda coadyuvar a la consecución del fin que nos ocupa.

Cooperación de instituciones penitenciarias para facilitar la consecución de los fines a corto y largo plazo para crear el centro penitenciario restaurativo.

Continuidad del programa de justicia restaurativa reconexión y apoyo a los internos agentes de cambio que puedan colaborar para asesorar, informar y dar consejo a otros internos.

Posible formación a funcionarios y otros profesionales⁵⁶¹ sobre lo que implica la justicia restaurativa y su potencial para favorecer la reinserción de los internos cumpliendo así con los postulados de nuestra constitución, y la normativa penitenciaria nacional e internacional.

(b) Conclusiones.

Como hemos visto en sus orígenes la LOGP fue avanzada a su época fruto de las corrientes abolicionistas y minimalistas de los años setenta y bajo este contexto se elaboró contemplando como eje básico la reeducación y reinserción sin embargo, las reformas en el área penal la han ido afectando de tal forma que ha perdido su esencia, aunque es cierto que ,como vimos, da importancia esencial a la reparación del daño como paso para que el privado de libertad pueda conseguir ciertos beneficios penitenciarios.

⁵⁶¹ Gutiérrez, J., Viedma, A. y Callejo, J. (2010) " *Estudios superiores en la educación penitenciaria española: un análisis empírico a partir de los actores* " en Revista de educación, N° 353, pp. 443-468.

Considerando el contexto social actual entendemos que la supresión de las cárceles⁵⁶² no será posible, al menos no en este momento, pero sí entendemos que la Ley Orgánica General Penitenciaria igual que otras normas contiene referencias y mecanismos a través de los cuales se puede dar cabida los resultados de un proceso restaurativo dentro del mismo proceso penitenciario. Por tanto, se podría realizar prácticas restaurativas en ejecución de sentencia incluso estando el infractor privado de libertad. También se podrán poner en marcha programas individuales de justicia restaurativa a la luz de los postulados de esta ley. Pero además utilizando la justicia restaurativa en la concepción de filosofía o paradigma o como algunas dicen movimiento social podríamos valorar la concepción de centros penitenciarios con enfoque restaurativo, que retomen la idea de individualización científica, reeducación y reinserción acudiendo al origen del delito y sin olvidar a las víctimas.

F) El Estatuto de la Víctima, el primer aporte legislativo a una justicia penal con enfoque restaurativo.

(a) Introducción: análisis de su contenido.

Como hemos visto, la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito⁵⁶³, incorpora a nuestro derecho interno la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo. España lo hizo antes de la fecha límite fijada por Europa que era noviembre de 2015. La implementación se hizo casi reproduciendo el texto de la Directiva, pero, aun así, se puede considerar que es la primera norma en España, que tiene un claro enfoque restaurativo.

Si consideramos, como ya hemos visto, la justicia restaurativa como un nuevo paradigma o como una ciencia penal, que engloba unos valores y principios, esta norma contiene este enfoque restaurativo que se basa en la revalorización del papel de la víctima y la responsabilización del infractor, centrada en su voluntad de querer reparar el daño, y

⁵⁶² Mathiesen, T. (2005) "Diez razones para no construir más cárceles" en Revista de nueva doctrina penal, Nº 1, Buenos Aires, pp. 3-20.

⁵⁶³ <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-4606> 6/12/2018.

además dentro de este enfoque restaurativo, el Estatuto de la Víctima contempla el modo restaurativo ideal, que son las reuniones víctima, victimario y comunidad.

Consideramos que su aprobación supuso un avance importante para fundamentar los principales postulados de esta investigación, esto es, la posibilidad de que el sistema penal y penitenciario se nutra del enfoque restaurativo para construir normas más acordes el espíritu y finalidad de la justicia restaurativa. Creemos que esto puede contribuir y coadyuvar a construir un sistema penal y penitenciario más congruente con los instrumentos internacionales y nacionales que propugnan la reinserción de las penas privativas de libertad, la mejor atención a las víctimas de cualquier delito y las garantías de acceso a un sistema de justicia más adecuado a las personas que acceden a él.

Esto sin duda, además puede generar una mejor imagen del ciudadano respecto a la justicia.

Para muchos autores como González-Cuéllar Serrano:⁵⁶⁴ “las víctimas encarnan, muy a su pesar, el fracaso del Estado en el cumplimiento de su función esencial de mantenimiento de la paz y la seguridad en la justicia, al sufrir las malignas consecuencias de la imperfección de los sistemas de prevención de infracciones penales...”. Aunque en nuestro derecho realmente la víctima no ha sido tradicionalmente muy olvidada con en otros lugares, en nuestro caso tenemos la posibilidad de intervenir en el proceso a través de la acción popular y/o particular. Además aunque de forma disgregada teníamos normas sobre derechos de víctimas de determinados delitos, un ejemplo de esto sería así, la Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección integral a las víctimas de terrorismo, Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, en materia de violencia de género la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. El Estatuto de la Víctima ha venido a recoger y unificar los derechos de las víctimas durante el proceso y después, y esto es realmente lo que marca la diferencia puesto que contiene una serie de derechos extraprocesales para las víctimas con independencia de que sean parte en un proceso penal o no, antes del proceso y hasta un tiempo después y sin necesidad de que se conozca la identidad del ofensor.

⁵⁶⁴ Marchena Gómez, M. y González-Cuéllar Serrano, N. (2015) “*La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015*”, ediciones Jurídicas Castillo de Luna, Madrid, pp. 137 ss.

Por tanto, podemos afirmar que se trata de un avance importante que coloca a la víctima en el centro de la protección del sistema, precisamente uno de los factores por los que surgió la justicia restaurativa, para recuperar a las personas que sufren del delito como eje protagonista y fundamental durante el proceso y después hasta conseguir se puedan superar lo sufrido. Además establece un sistema de evaluación individual de las víctimas⁵⁶⁵ para determinar sus necesidades de protección especial, algo también inherente al espíritu de la justicia restaurativa que determina el análisis del caso concreto de acuerdo con las circunstancias de víctima y ofensor y no de forma generalizada.

(b) Referencias congruentes con el espíritu y los postulados de la justicia restaurativa en el Estatuto de la Víctima.

Si examinamos el texto de la norma, sin duda veremos que tiene referencias a los principios, valores y en general postulados inherentes a la justicia restaurativa que hemos venido analizando aun sin hacerla referencia expresa.

La exposición de motivos⁵⁶⁶ establece como finalidad primordial de la ley, *“ofrecer una respuesta lo más amplia posible, no solo jurídica sino social a las víctimas”*. La justicia tradicional es muy fría y rígida, poco adaptada a la realidad y necesidades de las víctimas, por eso frente a esta, la justicia restaurativa se presenta como más humana y justa, no solo ajustada a derecho.

Claramente, el objetivo del Estatuto de la Víctima es dotar de este enfoque más humano y restaurador, a esta norma de atención y reconocimiento de derechos de las víctimas de cualquier delito

La misma exposición de motivos, habla de que *“el enfoque de la norma es no solo reparadora del daño en el marco de un proceso penal, sino minimizadora de otros efectos traumáticos en lo moral que su condición puede generar y con independencia de su situación procesal”*.

⁵⁶⁵ De Hoyos Sancho, M. (2014) *“Reflexiones sobre la Directiva 2012/29/UE, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y su transposición al ordenamiento español”*, Revista General de Derecho Procesal, pp.18-20. Comenta la autora que “en la Propuesta de Directiva de 2011 se identificaban expresamente a las víctimas vulnerables (art. 18). Sin embargo, la Directiva ha optado por no establecer ninguna definición de víctima necesitada de protección o especialmente vulnerable, por lo que, en principio, cualquier persona puede llevar a serlo, en virtud del tipo de persona, situación, y de las consecuencias del delito sobre la persona y su entorno”.

⁵⁶⁶ Domingo de la Fuente, V. (2017) *“Justicia restaurativa como derecho de las víctimas”*, Revista jurídica de Castilla y León, nº. 41, pp. 130-153.

Ya se ha visto como para la justicia restaurativa, la reparación del daño va más allá del material, y sobre todo está enfocada a ayudar a las víctimas (junto con otros profesionales) a superar el trauma del delito, es decir, a incorporar lo sufrido como una parte más de su historia vital. Por esto, según Nistal Burón⁵⁶⁷ “el Estatuto de la Víctima del Delito tiene la vocación de ser el catálogo general de los derechos, procesales y extraprocesales, de todas las víctimas de delitos, con un reconocimiento, protección y apoyo que no se limita a los aspectos material y a la reparación económica, sino que se extiende a su dimensión moral”.

Además, reivindica la ayuda a la víctima, igual que postula la justicia restaurativa, hasta el momento que éstas puedan despojarse del rol de víctimas, por eso habla de su condición de víctima con independencia de su condición procesal⁵⁶⁸, es decir, se la ayudará incluso después del juicio, porque no se deja de ser víctima porque el juicio haya terminado.

El carácter más cercano y humano⁵⁶⁹ de la justicia restaurativa se ve plasmado en la protección integral a la víctima de cualquier delito. Una de las quejas de las víctimas es que, si necesitan ayuda, la obtienen, pero tras luchar mucho, con demasiada burocracia, como si fuera un gran “favor”, ayudarlas, esta norma viene a cubrir esta necesidad restaurativa de las víctimas.

En este sentido de revalorizar el papel de la víctima la exposición de motivos habla de “completar el diseño del Estado de Derecho, centrado casi siempre en las garantías procesales y los derechos del imputado, acusado, procesado o condenado”. Además, esto es congruente con uno de los principios de la justicia restaurativa, la participación siempre que sea posible de los dañados por el delito, nadie mejor que las víctimas para tomar parte en algo que les ha afectado tan directamente como el hecho delictivo.

Siguiendo esta exposición de motivos también se establece que esta norma “comprende a la víctima directa, pero también a víctimas indirectas⁵⁷⁰, como familiares o asimilados”.

⁵⁶⁷ Nistal Burón, J. (2019) “La víctima en el derecho penitenciario”, Tirant lo Blanch, pp. 114.

⁵⁶⁸ Blanco García, A. I. (2015) “Estatuto de la víctima del delito trascendencia de una ley”. Actualidad jurídica iberoamericana, n.º. 3, pp. 765-774.

⁵⁶⁹ Sobre el carácter más humano de la justicia restaurativa podemos destacar a, Subijana, IJ. (2013) “El paradigma de humanidad en la justicia restaurativa”, Eguzkilore-Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, 27, pp. 143-153.

⁵⁷⁰ Tamarit Sumalla, JM. (2017) “Una lectura victimológica del Estatuto jurídico de las víctimas”. Cuadernos Penales José María Lidón, pp. 115-138.

Cuando un delito se comete, no solo se vulneran las normas establecidas por el estado, sino que se causan unos daños a las víctimas y se quiebran los lazos existentes entre los miembros de la sociedad. Ya hemos analizado la idea de que todos como miembros de la comunidad perdemos nuestro sentimiento de seguridad y de confianza en las personas que nos rodean. Y por supuesto que los allegados y familiares también sufren el impacto del delito. Este concepto amplio de víctima⁵⁷¹ es congruente con la forma de entender el delito por la justicia restaurativa y va a permitir abrir la puerta a promover posibles encuentros restaurativos entre víctima, infractor y/o comunidad como víctima indirecta de los delitos. Entre el catálogo de derechos que se reconoce a las víctimas está “el derecho de la víctima a recibir información sobre ciertos hitos de la causa penal”.

Precisamente, una de las necesidades de las víctimas y que rara vez encontraban satisfacción en el proceso penal tradicional, es la de obtener información sobre su caso; pues bien, esta norma viene a atender una necesidad reclamada por las víctimas.⁵⁷²

Respecto de los servicios de justicia restaurativa, la norma es clara en este aspecto y ya establece las diferencias entre justicia restaurativa y una de sus herramientas, como la mediación penal, con otra clase de mediaciones pues dice: “*en este punto, el Estatuto supera las referencias tradicionales a la mediación entre víctima e infractor y subraya la desigualdad moral que existe entre ambos. Por ello, la actuación de estos servicios se concibe orientada a la reparación material y moral de la víctima, y tiene como presupuesto el consentimiento libre e informado de la víctima y el previo reconocimiento de los hechos esenciales por parte del autor.*”

En este apartado, el legislador tiene claro las peculiaridades y características de la justicia restaurativa y sus herramientas y que no tienen nada que ver con una forma alternativa de resolver litigios, aquí hablamos de una persona que sufre un delito y otra que lo ha ocasionado, hay espacio para la reparación material y moral y la asunción de responsabilidad del infractor, no hay dos partes en condición de igualdad como en mediación.

⁵⁷¹ Gómez Colomer, JL. (2014) “*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 las grandes reformas españolas que se avecinan*”, Cizur Menor, Navarra, pp. 55 y ss.

⁵⁷² Sobre la mejor satisfacción de las víctimas podemos citar a Gil, A. (2016) “*Sobre la satisfacción de la víctima como fin de la pena*”, InDret, revista para el Análisis del Derecho, pp.15 y ss recuperado de <https://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/314492/404645>.

(c) Referencias específicas a la justicia restaurativa.

El Estatuto, en su artículo 5 k) establece que las víctimas tienen derecho a recibir información sobre los: “*Servicios de justicia restaurativa disponibles, en los casos en que sea legalmente posible*”. Sin duda, algo importante pues está hablando de la justicia restaurativa como un derecho universal de todas las víctimas⁵⁷³, con independencia del delito sufrido, aunque la parte final, cuando sea legalmente posible puede indicar que el legislador piensa prohibir la actuación de estos servicios en algunos casos, pero a priori se plantea como un derecho más de todas las víctimas. También hay que destacar este artículo por su importancia de cara a los legisladores. Es cierto que la directiva, no obliga directamente a los estados miembros a incorporar necesariamente la justicia restaurativa, pero lo que sí hace, es establecer la obligatoriedad de que las víctimas sean informadas de los servicios que ofrecen justicia restaurativa, lo que da cobertura legal y legitimidad a los servicios que ya están funcionando, esto debería ser tenido en cuenta por los diferentes gobiernos, y para que no se olviden de apoyarla.

El artículo 15 habla expresamente de los servicios de justicia restaurativa: *Las víctimas podrán acceder a servicios de justicia restaurativa, en los términos que reglamentariamente se determinen, con la finalidad de obtener una adecuada reparación material y moral de los perjuicios derivados del delito, cuando se cumplan los siguientes requisitos:*

- a) *El infractor haya reconocido los hechos esenciales de los que 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 procedimiento de mediación no entrañe un riesgo para la seguridad de la víctima, ni exista el peligro de que su desarrollo pueda causar nuevos perjuicios materiales o morales para la víctima; y*
- d) *no esté prohibida por la Ley para el delito cometido.*

⁵⁷³ Subijana, I.J., Porres, I. y Sánchez, M. (2015) “*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/Journal of Victimology, 2, pp. 125-150.

Esto es un primer acercamiento a la justicia restaurativa⁵⁷⁴ y los servicios, que habrá de concretarse, como dice la ley, en una posterior norma reglamentaria, pero ya se puede ver cómo deberán estar estructurados como los de apoyo a la víctima y sobre todo se ve la justicia restaurativa como lo que es, un derecho de la víctima complementario al proceso penal.

Establece el derecho de las víctimas⁵⁷⁵ a acceder a estos servicios siempre que no esté prohibido por ley para el delito cometido, algo muy curioso puesto que en España, al no existir una regulación específica sobre la materia solo se excluye la violencia de género y esto es una cuestión muy debatida que veremos en las conclusiones de esta investigación, ya que la duda es si la ley prohíbe la mediación o la justicia restaurativa.

En este mismo sentido además se ha desaprovechado la oportunidad de establecer las diferencias entre instituciones afines y así en el apartado siguiente se confunde los términos y de nuevo se habla de este proceso de mediación, cuando debería haberse dicho este proceso de justicia restaurativa.

Respecto a estos aspectos hay que destacar que el informe del Consejo de Estado estableció: una recomendación sobre este artículo 15, se recomienda sustituir el reconocimiento por el infractor "de los hechos" por el reconocimiento "de los elementos fácticos básicos del hecho", y se sugiere regular aspectos relativos a la oficialidad de la mediación penal, su gratuidad, sus consecuencias en el proceso penal y el procedimiento. Por un lado, este informe es interesante, ya que viene a avalar la idea de que no es necesario que reconozca totalmente los hechos, porque al fin y al cabo esto es la labor del facilitador durante las reuniones previas; ayudarlo a asumir su responsabilidad, bastaría con que reconociera que algo ha pasado.

Por otro lado, el mismo Consejo de Estado, tampoco tiene claro que justicia restaurativa no es sinónimo de mediación penal, y la recomendación sobre regular más aspectos, lo debiera haber hecho sobre los procesos restaurativos en general.

⁵⁷⁴ Saavedra Gutiérrez, M. (2018) "El Estatuto de la Víctima del Delito: especial consideración a la justicia restaurativa: la mediación penal", Revista General de Derecho Procesal, núm. 45, pp. 1 ss.

⁵⁷⁵ Pérez Rivas, N. (2014) "Los derechos de las víctimas en la Unión Europea. Análisis de la Directiva 2012/29/UE", Boletín CeDe UsC, pp. 1 ss.

El precepto nos plantea otro problema y es que ve a la justicia restaurativa como algo potencialmente peligroso para las víctimas, por eso, habla de “siempre que no se cause daño a las víctimas”, el hecho es que esta justicia es la que tiene como beneficios para las víctimas, entre otros: reducir el miedo, tienen menos trauma y menos estrés, su satisfacción⁵⁷⁶ con la justicia es mayor y gracias a esta, tienen mayor comprensión de lo que las ha sucedido.

Esto indica que siempre que se haga por persona experta en justicia restaurativa, los resultados de este enfoque son mucho más satisfactorios que solo la justicia tradicional.

Por eso, no es entendible, tantos recelos hacia una justicia que, por sí misma, puede ayudar a mejorar la justicia penal actual, y conseguir ciudadanos más satisfechos.

En el artículo 29, sobre las funciones de la oficina de asistencia a la víctima, habla de la cooperación que debe existir entre estos servicios y los de justicia restaurativa y establece que *“Las Oficinas de Asistencia a las Víctimas prestarán, en los términos que reglamentariamente se determine, apoyo a los servicios de justicia restaurativa y demás procedimientos de solución extraprocésal que legalmente se establezcan”*.

El precepto está bien encauzado si no fuera porque parece asimilar los servicios de justicia restaurativa a mecanismos alternativos de solución de conflictos, lo cual va en contra de la esencia de esta justicia y de la propia exposición de motivos del estatuto.

Sin embargo, de este precepto se deduce que es necesario su total colaboración, por lo cual, y para facilitar la mejor atención a las víctimas, lo deseable sería incluir los servicios de justicia restaurativa, dentro de la oficina de asistencia a las víctimas para que así, la atención sea global y más satisfactoria. Podemos afirmar que el Estatuto de la Víctima recoge una serie de derechos como el derecho de información, de participación y de indemnización por los daños causados que nos recuerdan a lo expuesto hasta ahora como prioridad de la justicia restaurativa y, en todo caso, como principales necesidades de las personas que sufren un delito.

⁵⁷⁶ A este respecto podemos afirmar que la justicia restaurativa proporciona una mejor satisfacción de la víctima porque, además, la reparación tiene en cuenta sus necesidades, será una reparación que la ayude a superar el delito, sobre esto podemos citar a Tamarit Sumalla, J. (2015) *“La reparación y el apoyo a las víctimas”*, en Tamarit, J. (coord.), El Estatuto de las víctimas de delitos, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 305-354.

Sin duda, el proceso penal ha mejorado la atención a las víctimas con esta norma y ha venido a cubrir unas expectativas de las víctimas que muchas veces no encontraban en el sistema tradicional. Por todo esto, esta norma ha venido a dotar de un enfoque restaurativo al proceso penal tradicional e incluso al penitenciario.⁵⁷⁷

(d) Real Decreto 1109/2015, de 11 de diciembre, por el que se desarrolla la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito, y se regulan las Oficinas de Asistencia a las Víctimas del Delito.⁵⁷⁸

Según la exposición de motivos de este texto: *“El presente real decreto desarrolla en primer lugar las previsiones del Estatuto de la Víctima del delito para garantizar el reconocimiento y la protección por los poderes públicos de los derechos que las víctimas tienen reconocidos, con un alcance general. No se pretende, ni resulta oportuno, un desarrollo reglamentario de todos y cada uno de los derechos reconocidos en el Estatuto de la víctima del delito, ya que la gran mayoría se encuentran bien definidos y pueden ejercitarse sin necesidad de mayor regulación. Tan sólo se contienen algunas precisiones para garantizar la mejor aplicación de alguno de los derechos reconocidos a las víctimas”*. Su objetivo, por tanto, según el artículo 1 es el desarrollo del Estatuto de la víctima. Para analizar las menciones a la justicia restaurativa, que es lo que nos interesa en este caso, en el RD de desarrollo del Estatuto de la víctima y que desarrolla las oficinas de asistencia a las víctimas, habría que partir de qué atribuciones se encargan a las oficinas mencionadas y son las siguientes:

- a) Informar, en su caso, a la víctima de las diferentes medidas de justicia restaurativa.
- b) Proponer al órgano judicial la aplicación de la mediación penal cuando lo considere beneficioso para la víctima.
- c) Realizar actuaciones de apoyo a los servicios de mediación extrajudicial.

⁵⁷⁷ Como ya hemos visto, el Estatuto de la Víctima da la oportunidad a las víctimas de participar y ser oídas en decisiones que afectan a la persona privada de libertad que fue declarada responsable del delito que ha sufrido. Es decir, se permite su participación en ejecución, algo muy debatido pero que realmente potencia esta “voz” muchas veces olvidada de las víctimas. Aranguena Fanego, C. (2017) *“La participación de la víctima en la ejecución penal, La víctima del delito y las últimas reformas procesales penales”*, AAVV, Navarra, pp. 202.

⁵⁷⁸ Martín Diz, F. (2016) *“Real Decreto 1109/2015, de 11 de diciembre, por el que se desarrolla la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del delito, y se regulan las Oficinas de Asistencia a las Víctimas del Delito”*, Ars Iuris Salmanticensis; Salamanca Tomo 4, N.º 1, pp. 342-345.

Valoración de estas atribuciones:

Es positivo que se hable de medidas restaurativas, por cuanto la justicia restaurativa es mucho más que simples encuentros víctima e infractor. Sin embargo, se aprecia que se sigue confundiendo mediación, mediación penal y justicia restaurativa. Ya se ha analizado cuáles son las diferencias, y es que además en la justicia restaurativa, lo menos importante es el acuerdo, lo esencial es el diálogo de las personas acerca de cómo impactó el delito. Somos conscientes de que la forma de ver y controlar los servicios de justicia restaurativa es a través de los acuerdos, pero realmente muchos casos son tratados también desde el punto de vista restaurativo (las partes son escuchadas, informadas, tienen participación directa en todo el proceso...) y aunque no llegan a un acuerdo las partes pueden salir realmente satisfechas. Debería hablarse por todo lo anterior, de que la oficina tendrá “actuaciones de apoyo a los servicios de justicia restaurativa, no de mediación extrajudicial”⁵⁷⁹: **Primero** por evitar esta confusión entre justicia restaurativa y mediación y, en **segundo lugar**, si se habla de extrajudicial parece que solo se facilitaría un encuentro víctima e infractor y /o comunidad como forma de evitar el juicio y por tanto solo para delitos leves. Por eso, lo idóneo sería hablar de servicio de justicia restaurativa y para esto, se entiende que será el propio servicio de justicia restaurativa, el que, en coordinación con la oficina de asistencia a la víctima, valorará si es posible una mediación penal o cualquier otra herramienta restaurativa. Y es que, en todo caso, no tiene sentido hablar de servicio de mediación extrajudicial cuando la Directiva de 2012 y el propio Estatuto hablan de Servicios de justicia restaurativa. Es positivo que se tenga claro que estos servicios son independientes y no deben prestarse por las personas que atienden la oficina de asistencia a la víctima. Sin embargo, las dos primeras funciones que se atribuyen a la oficina de asistencia a la víctima deben ser de los servicios de justicia restaurativa: “informar de las posibles medidas restaurativas” ... si se confunde el concepto de forma general, no parece adecuado que recaigan sobre personas que no tienen conocimientos reales de justicia restaurativa y de las diferentes posibilidades restaurativas.

Deben ser los servicios de justicia restaurativa los que informen y por sus conocimientos en esta materia, como no podía ser de otra manera, decidan qué medidas pueden adoptarse que serán muchas más que un proceso de mediación penal (por ejemplo, si una víctima

⁵⁷⁹ Domingo de la Fuente, V. (2017) “*Justicia restaurativa como derecho de las víctimas*”, Revista jurídica de Castilla y León, n.º. 41, pp. 130-153.

quiere participar y el infractor no quiere o no está identificado, otra posibilidad restaurativa sería una reunión con un infractor de delitos similares). La función de “proponer al órgano judicial la aplicación de la mediación penal cuando se considere beneficioso para la víctima...” también debe ser función de los servicios de justicia restaurativa, sin perjuicio de que las personas de la oficina de asistencia a la víctima puedan valorar esta posible participación de la víctima como positiva o negativa. Debería hablarse de los servicios de justicia restaurativa, como una parte más dentro de esta oficina de asistencia a la víctima.⁵⁸⁰

Podemos destacar que también, de conformidad con lo establecido en el artículo 10 del Real Decreto 1109/2015, de 11 de diciembre, se crea, además, el Consejo Asesor de Asistencia a las Víctimas, órgano de carácter consultivo⁵⁸¹, igual que se habla de formación a todos los que están en contacto directo o indirecto con las víctimas, debiera incluirse esta formación específica en justicia restaurativa para los miembros de este Consejo Asesor para que así pudieran informar sobre cómo dar cumplimiento real al Estatuto de la Víctima, no solo en lo referente a los servicios de justicia restaurativa que es el tema central que nos ocupa sino a que se cumplan los otros preceptos del texto legal, puesto que podemos apreciar diferencias de cumplimiento significativas dependiendo del lugar donde nos encontremos dentro del territorio español.⁵⁸²

⁵⁸⁰ Tal y como afirma Nistal Burón (2019) “Aun no se ha procedido a la creación de las Oficinas de Asistencia a Víctimas como unidades administrativas, en cumplimiento de lo establecido en los artículos 15 párrafo segundo y 16 del Real Decreto 1109/2015. En la actualidad existen 26 Oficinas de Asistencia a Víctimas que dependen del Ministerio de justicia, además de la Oficina de información y asistencia a las Víctimas del Terrorismo de la Audiencia Nacional. Las oficinas de Asistencia a Víctimas del Ministerio de Justicia se configuran, en el ámbito del artículo 439 de la ley Orgánica 6/1985 del Poder Judicial, como equipos de trabajo adscritos al Servicio común general de la Oficina Judicial” (p.28).

⁵⁸¹ Este Consejo Asesor estará integrado por los siguientes miembros: Un Presidente (Titular de la Dirección General de Relaciones con la Administración de Justicia); Tres representantes de las Comunidades Autónomas que hayan recibido los traspasos de medios personales y materiales al servicio de la Administración de Justicia en régimen de rotación anual, que representarán al resto y que ejercerán, también rotatoriamente, la Vicepresidencia. Para la designación de los representantes se estará al convenio de colaboración celebrado al efecto; un representante designado por el Ministro del Interior, con rango de subdirector general o asimilado; un representante designado por el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, con rango de subdirector general o asimilado; dos representantes designados por el Consejo General del Poder Judicial y la Fiscalía General del Estado, en virtud del Convenio de colaboración celebrado al efecto; un representante del Consejo General del Colegio de Psicólogos, designado por éste, y dos representantes de las Asociaciones más representativas en la asistencia a las víctimas (artículo 10.2 RD 1109/2015, de 11 de diciembre).

⁵⁸² De esta forma podemos afirmar que no en todos los lugares hay oficinas de asistencia a las víctimas con las garantías y los profesionales que se contempla en el Estatuto y en el Real Decreto de desarrollo, a este respecto podemos mencionar Fernández-Gallardo, J.A. (2015) “Análisis crítico del Estatuto de la Víctima del Delito, Derecho y Proceso Penal”, núm. 40, pp. 62 ss.

(e) Conclusiones.

La exposición de motivos del Estatuto de la víctima es un claro ejemplo del enfoque restaurativo que deben tener las normas penales, para mejorarlas, sin perjuicio de que el ideal del enfoque restaurativo sean los encuentros víctima, victimario y/o comunidad. En esta exposición se habla de cómo se van a centrar en atender las necesidades de las víctimas, no solo materiales sino morales y que será, sin perjuicio de que haya acabado o no el proceso, esto sin duda es congruente, con el espíritu de esta justicia restaurativa, cuyo principal objetivo es dar voz y atender de la mejor manera, las necesidades de las víctimas, para que puedan dejar de sentirse como tales.

Sería deseable otra norma con enfoque restaurativo para trabajar con los infractores, por ejemplo, en el ámbito penitenciario⁵⁸³ y que se aborde cómo facilitar su asunción de responsabilidad. Sin embargo, todo lo importante que tiene esta exposición de motivos en cuanto al enfoque restaurativo, con referencias congruentes con la justicia restaurativa se diluye en su articulado. Se echa en falta una definición de justicia restaurativa⁵⁸⁴, aunque al ver la de la Directiva, que casi se refiere en exclusiva a la mediación, quizá fue mejor que no incorporaran ninguna. Pero sobre todo se percibe gran confusión en el legislador sobre lo qué es esta justicia.

Observamos muchas precauciones al hablar de la justicia restaurativa, sobre todo en el Real Decreto de desarrollo, ya que si se tiene claro que la justicia restaurativa es mucho más que mediación, y así se aprecia porque habla de medidas restaurativas, lo lógico y coherente puesto que se dice también en la Directiva y en el Estatuto es que se hable de servicios de justicia restaurativa y no solo de mediación extrajudicial.

⁵⁸³ Sin duda la ley general penitenciaria ya tiene un enfoque restaurativo que fomenta la reinserción del penado, así como premia todas aquellas conductas destinadas a la reparación de los daños a las víctimas, por tanto, sería deseable incluir más programas restaurativos dentro los centros penitenciarios y contribuir al igual que el Estatuto de la Víctima a tener normas penitenciarias restaurativas en este sentido ya era un tema debatido sobre todo en relación a la reinserción cuando se elaboró la ley de la que hablamos así podemos destacar a Muñoz Conde, F. (1979) " *la resocialización del delincuente: análisis y crítica de un mito*", CPC, pp.98 y ss.

⁵⁸⁴ La directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos define esta justicia como "cualquier proceso que permita a la víctima y al infractor participar activamente, si dan su consentimiento libremente para ello, en la solución de los problemas resultantes de la infracción penal con la ayuda de un tercero imparcial".

Los servicios de justicia restaurativa, como no puede ser de otra manera, deben ser públicos y gratuitos, y deben estar dentro de la oficina de asistencia a la víctima para trabajar juntamente con ellos. Se encargarán de todas las medidas restaurativas incluidas los posibles encuentros víctima, infractor y/o comunidad porque son ellos los que saben qué es esta justicia y los que están preparados para ofrecer a las víctimas toda una serie de herramientas y procesos restaurativos. En una sociedad, donde incluso muchos profesionales desconocen realmente qué es la justicia restaurativa y su alcance, parece un poco increíble dejar en manos de la oficina de asistencia a la víctima, como parece querer decir el Real Decreto de Desarrollo, tareas como informar de estos servicios o proponer la mediación penal al órgano judicial.

Creemos que puede ser una labor conjunta de los profesionales de la oficina de asistencia y de los servicios de justicia restaurativa puesto que aunque tengan formación para atender a las víctimas, no siempre tendrán formación específica en qué es justicia restaurativa para poder transmitirlo de forma adecuada a las víctimas.

Lo deseable sería dejar a cada profesional su labor, las oficinas deben estar en contacto directo con los servicios de justicia restaurativa, de ahí que debieran incorporarse a las oficinas, pero como servicios independientes, lo que sí es positivo la función ⁵⁸⁵de que ambas se ayudaran.

Ante estas interacciones entre las personas que trabajan con las víctimas, desde una perspectiva terapéutica y asistencial, como psicólogos y trabajadores sociales con los profesionales de la justicia restaurativa, que también trabajan con las víctimas, se hace necesario formar en justicia restaurativa a los integrantes de la Oficina de asistencia a la víctima.

⁵⁸⁵ Siguiendo a Nistal Burón, J. (2019) podemos afirmar que estos dos servicios colaborando de forma activa y cooperativa van a servir para potenciar la atención a las necesidades de las víctimas en la forma de reparación del daño, dando lugar a lo que el autor llamó “una nueva corriente político-criminal que ha encontrado interés y un amplio acuerdo en la inclusión de la reparación a la víctima en el sistema punitivo sancionador. En la mayoría de los casos ello va vinculado al esfuerzo por alcanzar un acuerdo de compensación es, decir, una reconciliación entre el autor y la víctima” p.23.

(f) Interrelación entre los servicios de justicia restaurativa y las oficinas de asistencia a las víctimas.⁵⁸⁶

Para mejorar la cooperación y la mejor inclusión de los servicios de justicia restaurativa como parte de las oficinas de asistencia a las víctimas hemos elaborado una serie de recomendaciones:

- Comprender que los servicios de justicia restaurativa son un complemento ⁵⁸⁷de la justicia penal y que sus funciones son mucho más que facilitar encuentros víctima, infractor y/o comunidad. Como hemos venido afirmando la formación será esencial en concreto en justicia restaurativa.
- Las oficinas de asistencia a la víctima informarán de la posibilidad de la justicia restaurativa, pero son los servicios de justicia restaurativa, los que después explicarán someramente qué medidas restaurativas pueden ser interesantes para cada víctima o si es posible y viable un encuentro restaurativo.
- El personal de la oficina de asistencia a la víctima podrá informar a los servicios de justicia restaurativa, si consideran beneficioso o no para la víctima desde un punto de vista psicológico y asistencia, las diferentes medidas restaurativas, aunque la última palabra la tendrá la víctima.
- Son los servicios de justicia restaurativa los que deben informar al juez sobre la posibilidad de iniciar un proceso restaurativo.
- En todo lo relativo a la asistencia de la víctima deben cooperar y colaborar ambos: la oficina de asistencia a la víctima y los servicios de justicia restaurativa.

(g) Algunas reflexiones sobre el Estatuto de la Víctima.

El Estatuto de la víctima constituye un gran avance porque realmente ya se puede decir que España cuenta con referencias expresas en la legislación a esta justicia.

⁵⁸⁶ Conclusiones del informe elaborado para el Ministerio de justicia sobre Real Decreto 1109/2015, de 11 de diciembre, por el que se desarrolla la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, y se regulan las Oficinas de Asistencia a las Víctimas del Delito.

⁵⁸⁷ Domingo de la Fuente, V. (2016) “*Prevención del delito a través de la justicia restaurativa*” Anuario Internacional de Criminología y Ciencias Forenses n°. 1, pp. 269-281.

Su enfoque es el acertado por cuanto está contenida en una norma sobre víctimas, lo que viene a corroborar la necesidad que reclama esta justicia de devolver el protagonismo de las víctimas y hacerlas el centro de atención de la justicia penal. Sin embargo, se hará imprescindible una regulación complementaria, ya que el real decreto de desarrollo, como se ha visto, no solo no profundizó en estos aspectos, sino que dejó muchas más dudas y aseveraciones erróneas. Lo deseable sería incorporar en la Ley de Enjuiciamiento Criminal⁵⁸⁸ más aspectos sobre la estructura y configuración de los servicios, así como la concreción de quién hará la derivación de los casos, y un mínimo protocolo de actuación⁵⁸⁹. Deben ser unas pinceladas básicas para luego dar la posibilidad de que los servicios de justicia restaurativa, tal y como ya hemos comentado, puedan adaptarse a cada caso y las circunstancias de víctima e infractor, para así poder ofrecerles la ayuda restaurativa que más eficaz sea.

Asimismo, teniendo en cuenta la experiencia consolidada de otros países consideramos que no es conveniente limitar el acceso a la justicia restaurativa a víctimas de delitos más leves, puesto que se ha demostrado que es igualmente o incluso más útil para los hechos delictivos más graves. Sin duda, en lugar de establecer un *numerus clausus*, habría que estudiar individualmente cada delito, antes de decidir si es conveniente un proceso restaurativo ideal, alguna otra medida restaurativa o resulta del todo imposible su aplicación.

3. En el derecho internacional.

Existe multitud de normativa internacional que sin hablar de justicia restaurativa, por un lado, destacan el papel de la víctima⁵⁹⁰ y la obligación de abordar sus necesidades, de una manera más cercana y, por otro lado, hablan de los beneficios que conllevaría una

⁵⁸⁸ Ya hemos hablado durante este trabajo de algunas propuestas de implementación de la justicia restaurativa en otras normas como la ley de enjuiciamiento criminal.

⁵⁸⁹ Muchos autores han escrito sobre la importancia y lo decisivo que podría ser para la definitiva implementación de la justicia restaurativa la elaboración de una normativa que aborde los diferentes aspectos de esta justicia de manera integral para dotar de seguridad jurídica los procesos y facilitar de esta forma la derivación de casos por parte de los operadores jurídicos. A este respecto destacamos Iglesias Rio, M. A. (2012) “*Mediación penal y justicia restaurativa: reflexiones para la necesaria elaboración de una futura normativa integral*”, Revista Holística Jurídica, nº11, editorial Universidad San Buenaventura; Medellín, pp.121-153.

⁵⁹⁰ En este sentido, destaca la Declaración de las Naciones Unidas sobre los principios fundamentales de Justicia para las Víctimas de delitos y del Abuso de Poder de 1985. Adoptada por la Asamblea General en su resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985. Proclama que las víctimas han de tener un papel más activo en el proceso penal, señalando, además, unos principios que, a estos efectos, deben presidir los sistemas legales. Entre estos principios, se encuentran los de la restitución y la compensación a las víctimas.

hipotética justicia con un enfoque restaurativo, en cuanto a la prevención del delito⁵⁹¹ y disminución de la reincidencia, además tienen en cuenta que tratando al infractor como un ser humano, es mucho más probable que se consiga su mejor reintegración en la comunidad.

Y de forma indirecta, plantean los principios y su esencia: la revalorización del papel de la víctima, la rendición de cuentas del infractor y la gestión del impacto del delito de una manera más humana.

La justicia restaurativa cobra especial importancia en el ámbito de la justicia juvenil, además las primeras iniciativas en muchos lugares surgieron para jóvenes en conflicto con la ley penal, ya que siempre se ha considerado que los menores tienen una personalidad en formación y es más fácil que los procesos restaurativos puedan influir en ellos de forma positiva para querer cambiar y, en todo caso, la justicia juvenil siempre ha tenido un enfoque más educativo y pedagógico que en la de adultos, lo que cuadra muy bien con los postulados de la justicia restaurativa. Destacan muchas de ellas por la necesidad de acudir al derecho penal sólo cuando sea necesario (*ultima ratio*⁵⁹²) y el fomento de medidas alternativas⁵⁹³ a la privación de libertad. Incluso en otros se habla ya de programas de justicia restaurativa o restitutiva.⁵⁹⁴

Otro ejemplo de este apoyo de las Naciones Unidas ⁵⁹⁵a la justicia restaurativa en este caso también en jóvenes infractores son las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad). ⁵⁹⁶La justicia restaurativa

⁵⁹¹ A tal efecto nos remitimos a la Resolución 2002/12 del Consejo Económico y social de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y justicia penal.

⁵⁹² Respecto al derecho penal como *última ratio*, se puede destacar también las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing). El principio esencial de estas reglas es el de intervención mínima y así, señala que las penas privativas de libertad solo serán aplicadas como últimos recursos y durante el plazo más breve posible. Adoptadas por la Asamblea General en su resolución 40/33, de 28 de noviembre de 1985.

⁵⁹³ Sobre esto, la Resolución 1984/46 y 1986/10 del Consejo Económico y social sobre alternativas a la prisión y las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre medidas no privativas de libertad (Reglas de Tokio) Resolución 45/110, estas últimas inciden en que es necesario adoptar siempre que sea posible unas medidas no privativas de libertad, que a su vez fomenten la educación en valores restaurativos del menor como la empatía.

⁵⁹⁴ Se puede destacar la Resolución 14/2000 de 27 de julio acerca de los principios básicos sobre la utilización de programas de justicia restitutiva en materia penal. Corroborada por la resolución 2002/12 sobre principios básicos para la aplicación de programas de justicia restitutiva en materia penal.

⁵⁹⁵ No solo en las resoluciones sino en sus congresos, UNODC (united nations, office on drugs and crime): congresos de las naciones unidas sobre prevención del delito y justicia penal, 1955-2010, 55 años de Logros (2013) Viena, UNODC.

⁵⁹⁶ Adoptadas y proclamadas por la Asamblea General en su resolución 45/112, de 14 de diciembre de 1990

posee un efecto preventivo importante por cuanto facilita la asunción de responsabilidad del joven infractor, generando en él un deseo de cambiar y vivir alejado del delito.

Al menor infractor, se le va a decir que, si quiere reparar el daño y asumir el hecho delictivo, va a ser apoyado, lo cual genera en muchos de ellos un efecto positivo y mayor probabilidades de desistimiento del delito⁵⁹⁷.

Además, el enfoque global que hace la justicia restaurativa al abordar el delito y sus efectos hace que la familia del menor y su entorno tenga participación directa y principal, con lo que se produce una mayor cohesión y fortalecimiento familiar, que sin duda ayudará al menor en su formación como persona adulta.

Asimismo, la comunidad también juega un papel importantísimo, cuyos beneficios van a repercutir en ella misma, pues será una sociedad más segura, con jóvenes más productivos y responsables.

En su artículo 10, las Directrices de Riad hablan de los procesos de resocialización,⁵⁹⁸ y tal y como propugna la justicia restaurativa, incluye la comunidad, familia e incluso a los medios de comunicación, así como resalta el aspecto pedagógico de la justicia juvenil para concienciar al menor, e inculcarlo valores como la solidaridad que lo puedan llevar hacia una vida sin delitos⁵⁹⁹. Como manifiestan estas reglas en su parte primera, tienen un papel de política social constructiva, y ésta se encuentra en los valores y principios de la justicia restaurativa, pues en lugar de tratar al menor solo por lo malo que ha hecho en el pasado, se le dará una oportunidad de ser considerado, por lo bueno que puede aportar en el futuro.

Hasta ahora las reglas y demás resoluciones ponían su acento en las medidas alternativas y otras actividades orientadas hacia la reeducación, pero ya hemos visto que la justicia restaurativa además puede aplicarse en los centros penitenciarios y de internamiento.

En este sentido podemos destacar las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad (Reglas de la Habana).⁶⁰⁰ Según estas reglas, la

⁵⁹⁷ Algunos estudios destacan la relación entre la participación en los programas restaurativos y la voluntad de no querer volver a delinquir. De todos, podemos hablar de uno ya mencionado Maruna, S. (2016) “*Desistance and Restorative Justice: its now or never*”. *Restorative Justice an-International Journal*, 4 (3), pp.289-301. También McNeill, F. (2006) “*A desistance paradigm for offender management*”. *Criminology and Criminal Justice*, 6, pp.39-62.

⁵⁹⁸ “Las Naciones Unidas y la prevención de la delincuencia”, (1991) Departamento de la información de las Naciones Unidas, Nueva York.

⁵⁹⁹ LeBel, T.P, Richie, M y Maruna, S. (2015) “*Helping others as a response to reconcile a criminal past: the role of the wounded healer in prisoner reentry programs*”. *Criminal Justice and Behaviour*, 42(1), pp.108-120.

⁶⁰⁰ Adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/113, de 14 de diciembre de 1990.

función reeducativa y reintegradora⁶⁰¹ es el principio fundamental que deben tener los centros especializados, sustituyendo la visión represiva y destructiva por una constructiva⁶⁰².

En el ámbito europeo existen también recomendaciones y otros instrumentos que se han revelado como útiles para el fortalecimiento y la implementación de la justicia restaurativa en los diferentes estados miembros.

Podemos comenzar con algunas referencias a la mediación como el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (4 de noviembre de 1950): Admite como procedimiento para el propio funcionamiento de su sistema de garantías, el de la mediación de la comisión instituida por el referido Convenio, para conflictos entre un estado infractor y el demandante, víctima de la violación de derechos. Admite por tanto una herramienta de la justicia restaurativa como forma de resolver los conflictos, lo cual es un ejemplo de la apuesta que se hace desde las instancias europeas por esta justicia, más pacífica y cercana a los ciudadanos.

De la misma manera que hemos visto con las resoluciones de las Naciones Unidas, en el ámbito europeo existen recomendaciones que en las que se reafirma en la prevención⁶⁰³ como principal arma para luchar contra la delincuencia juvenil y habla de medidas⁶⁰⁴ para

⁶⁰¹ A este respecto podemos afirmar que la justicia penal en la mayoría de los lugares, como ya hemos visto tiene esta función en sí misma, que se reafirma en la justicia juvenil, por tanto, podría decirse que la justicia penal, a pesar del marcado carácter retributivo en algunos artículos en esencia si contempla la justicia restaurativa o al menos algunos de sus más básicos postulados.

⁶⁰² Esta visión constructiva tiene mucho que ver aunque pueda parecer obviedades con la Convención de los derechos del niño (1989) para esta la protección de la salud física y psíquica del menor, el fortalecimiento de su entorno social, proporcionándole un ambiente adecuado para su desarrollo y protegiéndolo de los posibles abusos, supone también una medida de prevención, favoreciendo una mayor cohesión de la familia. Sin duda, esta protección se favorece a través de una justicia restaurativa, en la que, si el menor comete un delito, se facilitará todas las medidas necesarias para que no sólo decida no volver a delinquir, sino para que se fortalezcan en él o ella, valores restaurativos necesarios para que su vida de adulto sea más sana y satisfactoria. Los antecedentes de esta convención están en la necesidad de proporcionar al niño una protección especial que ya fue enunciada en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959, y reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en particular, en los artículos 23 y 24), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en particular, en el artículo 10) y en los estatutos e instrumentos pertinentes de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño. Con esto estamos intentando reflejar que la justicia juvenil per se debiera ser restaurativa.

⁶⁰³ En este caso podemos destacar la Recomendación 87 (20) del Comité de ministros de 17 de septiembre sobre reacciones sociales ante la delincuencia juvenil.

⁶⁰⁴ En este sentido destaca la Resolución (76) 10 de 9 marzo sobre medidas alternativas a la pena privativa de libertad. Habla sobre la necesidad de que siempre que sea posible, se buscaran medidas educativas y

evitar que los menores entren en el proceso penal, por ejemplo, a través de la mediación. También su espíritu restaurativo contempla que se favorezca la reparación del daño y la participación del menor en trabajos de la comunidad y así favorecer su educación y la formación.

Por último, algo muy importante es que destaca la necesidad de que la comunidad⁶⁰⁵, se implique en la corrección de los menores infractores, la sociedad en general, además de víctima indirecta es y debe ser agente responsable, tal y como postula la justicia restaurativa para ello necesita recuperar como personas productivas a los victimarios, y es necesario que se implique para fortalecer los lazos sociales.

Otras resoluciones vuelven a indicar en la misma línea de las Naciones Unidas la importancia de la reparación del daño⁶⁰⁶ y la potenciación de la participación⁶⁰⁷ de la víctima en el proceso penal.

Otras como la recomendación R (99)⁶⁰⁸ 19 concerniente a la mediación en materia penal estableció una definición de mediación penal: *“la mediación penal es todo proceso que permite a la víctima y al delincuente, participar activamente, si libremente así lo consienten, en la solución de las dificultades resultantes del delito, con la ayuda de un tercero independiente (mediador)”*.

reintegradoras que promuevan una actitud responsable y constructiva en el joven o adulto joven para lograr su mejor reinserción.

⁶⁰⁵ Sobre la participación de la comunidad en los procesos restaurativos y en la justicia en general, destaca Milford, J.L, Austin, J.L, y Smith, J.E. (2007) *“Community reinforcement and the dissemination of evidence-based practice: implications for public policy”*. International Journal of Behavioral Consultation and Therapy, 3(1), pp.77-87.

⁶⁰⁶ Sobre la reparación habla la Recomendación R (83) 7 de 23 de junio de 1983 del Comité de Ministros del Consejo de Europa que viene a recomendar a los gobiernos de los estados miembros, fomentar que se facilite la indemnización a la víctima por parte del infractor, por ejemplo, previendo tal obligación como medida sustitutiva de la pena privativa de libertad.

⁶⁰⁷ La Recomendación R (85) II 28 de junio de 1985, del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la posición de la víctima, en el marco del derecho penal y del procedimiento penal, en este sentido, Insta a los gobiernos de los estados miembros revisar la legislación y su práctica para adaptarlas a las directrices que se expresan en su texto y que dan un amplio margen a la reparación. E incluso, recomienda a los gobiernos de los estados miembros, examinar las ventajas que pueden presentar los sistemas de mediación y conciliación.

⁶⁰⁸ Esta recomendación establece los principios generales de la mediación penal:

Art. 3: “La mediación en el ámbito penal, debería ser un servicio generalmente disponible”. Art. 4: “La mediación en el ámbito penal, debería ser posible en todas las fases del procedimiento penal”. También establece los fundamentos jurídicos y así en el Art. 6: “La legislación debería facilitar la mediación en el ámbito penal”. Por todo esto, recomienda a los gobiernos de los estados miembros, que se inspiren en sus legislaciones y prácticas internas, en los principios enunciados para poder ponerlos en marcha progresivamente.”

Y más adelante esta idea de fomentar no la justicia restaurativa sino una herramienta concreta como la mediación penal se reflejó en varias recomendaciones⁶⁰⁹, donde se invita a los estados miembros, que tengan en cuenta los beneficios potenciales de la mediación para las víctimas

De todas las referencias a la normativa internacional hay dos hitos importantes para el impulso de la justicia restaurativa en Europa:

Uno sería la Decisión marco del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal (2001/220/JAI) (Diario Oficial nº L 082 de 22 de marzo de 2001 p. 0001-0004): “Las medidas de ayuda a las víctimas de delitos y en particular, las disposiciones en materia de indemnización y de mediación, no afectan a las soluciones que son propias del proceso civil”. “A efectos de la presente decisión marco, se entenderá por “mediación en causas penales: la búsqueda, antes o durante el proceso penal, de una solución negociada entre la víctima y el autor de la infracción, en la que medie una persona competente”. Esta decisión supuso un gran avance en el reconocimiento y protección de los derechos de las víctimas dentro del ámbito comunitario.⁶¹⁰

Además trataba de unificar derechos de las víctimas a nivel europeo tanto en cuanto en muchas legislaciones nacionales no tenían contemplados en toda su extensión los derechos básicos de las víctimas.⁶¹¹

Sin embargo, a pesar del considerable adelanto que supuso tuvo poca implantación en la práctica.

Según autores como García Rodríguez⁶¹²: “su ineficacia se debió en gran medida a la ambigüedad de la redacción de muchas de sus disposiciones, y a la no previsión de mecanismos que permitieran incoar procedimientos de infracción contra aquellos Estados que no las cumplieran en los plazos previstos, de manera que ninguno de ellos pudo alegar

⁶⁰⁹ En este sentido destaca la Recomendación R (2006) 8 del Consejo Europeo sobre la asistencia a las víctimas de delito y que sustituye a la Recomendación (87) 21.

⁶¹⁰ Para conocer con más detalle los antecedentes de este instrumento internacional y lo que supuso en el reconocimiento de los derechos de las víctimas nos remitimos a García Rodríguez, M. J. (2001) “*Las víctimas del delito en el espacio judicial europeo*”, en Diario La Ley, núm. 5342, (D-158), pp. 1706-1714; y “*Una aproximación a las políticas de protección y asistencia a las víctimas de delitos en el contexto europeo*”, en Tamarit Sumalla, J. M. (2005) (Coord.) “*Estudios de Victimología. Actas del I Congreso Español de Victimología*”, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 129-136.

⁶¹¹ García Rodríguez, M. J. (2014) “*Nuevos progresos para garantizar la protección de las víctimas de delitos y sus derechos en el espacio judicial europeo*”, en La Ley Unión Europea, núm. 14, p. 49.

⁶¹² García Rodríguez, M.J. (2016) “*El nuevo estatuto de las víctimas del delito en el proceso penal según la directiva europea 2012/29/UE, de 25 de octubre, y su transposición al ordenamiento jurídico español*”. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. Recuperado de <http://criminnet.ugr.es/recpc/18/recpc18-24.pdf> pp. 5.

haberlas ejecutado plenamente en sus respectivos ordenamientos jurídicos nacionales...”.De hecho aunque se recomendó implementar programas de mediación penal y ponía como fecha límite marzo del 2006 pocos países⁶¹³ lo cumplieron.

El problema de esta Decisión Marco es, como ya se ha hablado, que se remite solo a la mediación penal y las definiciones contienen un lenguaje muy neutral propio de la mediación y que no aplica a la justicia restaurativa.

Y otro hito es la Directiva 2012/29/UE del parlamento europeo y del consejo de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la decisión marco 2001/220/JAI del Consejo y define la «justicia reparadora», *cualquier proceso que permita a la víctima y al infractor, participar activamente, si dan su consentimiento libremente para ello, en la solución de los problemas resultantes de la infracción penal con la ayuda de un tercero imparcial*. Esta directiva supuso un adelanto por cuanto se dejó de hablar simplemente de una herramienta como es la mediación y se pasó a hablar directamente de la filosofía que subyace: la justicia restaurativa.

Sin embargo, aun así, parece que se centra en la mediación y, en cierta manera, pareciera que Europa tiene ciertos recelos para regular la justicia restaurativa. ya que habla de “siempre que no se revictimice a las víctimas”, y es precisamente por lo que esta justicia surgió; para evitarlo, además, si se hace por profesionales formados, nada hay que temer al respecto.

Y, por otro lado, la definición de justicia restaurativa, como se ha analizado parece referirse más bien a mediación, y se aprecia miedo en el legislador europeo a hablar de reparación del daño. Posteriormente, se volverá a analizar esta directiva, cuando se hable del Estatuto de la víctima⁶¹⁴, la norma que traspuso esta directiva, a nuestro derecho interno. A continuación vamos a hablar de algunos hitos importantes en el derecho internacional en cuanto a normativa, informes y recomendaciones que consideramos importantes para entender la evolución de la justicia restaurativa y su desarrollo a nivel normativa internacional. Algunas de estas se referenciarán con respecto a la justicia juvenil, lógico puesto que las primeras iniciativas prácticas y regulaciones normativas

⁶¹³ Algunos países como Portugal sí que incluso elaboraron una ley de mediación penal, pero otros como España no lo hicieron.

⁶¹⁴ Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito. Publicada en: «BOE» núm. 101, de 28/04/2015.

surgieron en el ámbito de adolescentes pero, en todo caso, las consideraciones que se hagan son extrapolables para los adultos.

A) Recomendación CM/Rec (2018) del Comité de Ministros de los estados miembros en materia de justicia restaurativa penal.⁶¹⁵

Esta recomendación ha sido un requerimiento de las distintas asociaciones que trabajamos en justicia restaurativa, en Europa y que se han aglutinado para concurrir a través del Foro Europeo de Justicia Restaurativa, en los trabajos de esta propuesta de recomendación que finalmente fue aprobada en octubre de 2018.

El objetivo de esta recomendación es *“animar a los estados miembros a elaborar y aplicar la justicia restaurativa con respecto a sus sistemas judiciales penales.....También tiene como finalidad animar a que las autoridades judiciales y los organismos de justicia restaurativa y justicia penal desarrollen modelos restaurativos innovadores –que puedan quedar fuera del procedimiento penal.”*

Esta recomendación es importante ya que anima a los estados a apoyar la justicia restaurativa en el sistema penal, y a promoverla también fuera del sistema penal, algo relevante que ayudaría a mantener la esencia de la justicia y no judicializar todos los casos, especialmente si el delito es muy leve. Sería así complemento en delitos graves dentro del sistema penal y alternativa como justicia comunitaria ofrecida por los servicios de justicia restaurativa.

A modo de resumen vamos a hablar en este punto de las reglas más importantes para el desarrollo definitivo de la justicia restaurativa en Europa.

Por un lado, se define justicia restaurativa⁶¹⁶ (ya no se refieren exclusivamente a mediación penal); la definición sigue adoleciendo de las mismas deficiencias que la directiva, ya que parece más bien una definición de mediación penal, cuando precisamente la idea de esta recomendación es ir más allá de sus predecesoras y hablar de

⁶¹⁵ Adoptada por el Comité de Ministros el 3 de octubre de 2018 en la 1326ª reunión de delegados de ministros.

⁶¹⁶ La definición está contenida en la regla 3, define justicia restaurativa como cualquier proceso que permite a los afectados por el delito y a los responsables, si lo consienten voluntariamente, participar activamente en la resolución de los problemas resultantes del delito, a través de la ayuda de un tercero imparcial (facilitador).

algo más amplio. También parece que hay miedo a hablar de reparación, como si pensarán que esta solo es material, la mayoría de las víctimas quieren y demandan reparación moral y/o psicológica.

Algo bueno de esta definición es que no etiqueta, sino que habla de persona dañada por el delito y persona responsable. También es cierto que, además, ya no habla de mediador sino de facilitador.

En la recomendación se da espacio para aplicar otras prácticas restaurativas ya que en la regla 4 entiende que puede participar otras personas⁶¹⁷ en los procesos restaurativos además de la persona dañada y el ofensor.

La regla 6, determina que los procesos restaurativos pueden darse en cualquier fase del proceso, incluso aparte de él o después de él. Esto avala la necesidad de programas de justicia restaurativa dentro de los centros penitenciarios y centros de internamiento.

Asimismo, se resalta algo muy importante y es que las víctimas y victimarios, deberían tener acceso a los servicios de justicia restaurativa, en cualquier momento que sea necesario⁶¹⁸ para ellos y ellas. Habla de posibilidades que se deben contemplar en nuestro país de forma generalizada, como familiares de víctimas y presos que pueden querer participar en un proceso restaurativo, después de la sentencia, estando el infractor en prisión, aquí, la justicia restaurativa sería un complemento. Es importante porque da cabida a programas restaurativos individuales estando el victimario en prisión, como el propuesto a instituciones penitenciarias y que en las conclusiones de este trabajo será una opción que consideramos se debe generalizar. Todo dependerá de la clase de delito y las circunstancias del caso, pero siempre es posible la justicia restaurativa, al menos a priori. Y algo importante es que desde Europa también se avala la principal fundamentación de esta tesis, y que no es otra que la justicia tradicional y la restaurativa, no necesariamente son opuestas y pueden ser complemento la una de la otra, para mejorar la justicia penal.

Otras reglas destacan por su importancia en dar amplitud a la justicia restaurativa, así hablan de la posibilidad de que no haya reunión conjunta⁶¹⁹ pero sí pueda existir justicia restaurativa, y otras intervenciones si no totalmente restaurativas si parcialmente; también

⁶¹⁷ En concreto habla sobre las personas que pueden participar y dice que “entre ellas, pueden estar personas de apoyo de las víctimas y de los ofensores, profesionales pertinentes y miembros o representantes de las comunidades afectadas.”

⁶¹⁸ Esto ha sido una reclamación en muchos países ya que la norma general es considerar la importancia de la justicia restaurativa en la fase de instrucción o antes de la sentencia, pero hasta hace poco se obviaba los beneficios de esta justicia dentro de prisión y en la fase de ejecución de sentencia.

⁶¹⁹ A este respecto destaca la regla 8 que habla del diálogo indirecto.

se habla de cómo configurar los servicios ⁶²⁰de justicia restaurativa y se refieren a distintas posibilidades (asociaciones, ONGS...etc.) pero en ningún caso, plantea la posibilidad de que no sean servicios estables; por tanto, quedaría descartada la práctica habitual de querer que se haga por colegios profesionales, de forma similar al turno de oficio. Los servicios deben ser estables.

Dentro del texto las reglas van profundizando en diferentes aspectos como el principio esencial de la confidencialidad, o la necesidad de promover la justicia restaurativa en todas las áreas geográficas.

Esta promoción igualitaria de la justicia restaurativa está relacionada con la necesidad de que todas las personas puedan acceder a los servicios en igualdad de condiciones para también de esta manera no conculcar el principio de igualdad⁶²¹, establecido en nuestro texto constitucional. Creemos que estas reglas animan y recomiendan que los estados no hagan distinciones por razones de territorios o de clases de delitos.

No se debe excluir la justicia restaurativa por razón del delito, o por razón del área geográfica. Estas reglas hablan de presunción a favor de la justicia restaurativa.

Otras reflejan la necesidad de que los servicios de justicia restaurativa cuenten con los medios necesarios para prestar de la manera más eficaz su labor.

A partir de la regla 21 y siguientes se habla de que no es necesario leyes siempre que haya políticas de funcionamiento, como protocolos de actuación, pero sí relatan la conveniencia de leyes, con enfoque restaurativo para hacerlo posible y que los jueces y demás autoridades se animen a derivar. Esta recomendación está corroborando el planteamiento esencial de este trabajo de investigación con la mención de construir leyes que en esencia sean restaurativas. Creemos acertada la visión de que, a priori, no es necesario que existan leyes, sobre todo, si al final se elaboran para limitar la flexibilidad⁶²² de la justicia restaurativa.

A priori podría resultar peligroso por generar inseguridad jurídica, sin embargo, desde el 2006, como hemos visto, se vienen realizando prácticas restaurativas sin apoyos legales expresos pero sí aprovechando lo que las leyes nos ofrecen para incardinar la práctica

⁶²⁰ Con referencia a los servicios véase la regla 9.

⁶²¹ Artículo 14 de la Constitución Española: “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

⁶²² Zernova, M. (2006) “Working under de aegis of the criminal Justice system: implications for restorative justice practice”. British Journal of Community Justice, 4 (3), pp. 67-69.

restaurativa o el programa concreto dentro de la legalidad vigente⁶²³. La experiencia nos indica que en ocasiones se regula de una forma tan estricta, que limita su aplicabilidad y eficacia.

No obstante, teniendo claro lo que la justicia restaurativa implica, y tal y como lo postula la declaración sería conveniente estas normas con enfoque restaurativo para que los programas de justicia restaurativa se generalicen.

A partir de las reglas 25 y ss. se habla de otros aspectos importantes para el buen funcionamiento de la justicia restaurativa como el deber de información, la voluntariedad y de algo muy necesario que los jueces y el sistema eviten poner presión sobre las partes. Es costumbre poner límites y establecer plazos, para que las personas decidan participar o no, esta recomendación viene a avalar, lo que venimos mucho tiempo diciendo, que no se puede poner presión sobre las personas, habrá partes que decidan participar rápido y otras que necesiten más tiempo; por eso, es esencial que se pueda participar en cualquier fase del proceso, ya sea instrucción o incluso después de que el victimario haya sido condenado, o estando en la cárcel. Siempre es posible realizar un proceso de justicia restaurativa, si las partes, así lo quieren.

Destacan otras reglas de la recomendación que son importantes para que la justicia restaurativa y los servicios funcionen como la necesaria colaboración entre los servicios de justicia y las instituciones que vayan a derivar casos, así cuando tengan dudas sobre un asunto, lo consultarán con los servicios para valorar su derivación o no. La coordinación es necesaria para el correcto funcionamiento de estos servicios.

También se contempla algo muy debatido y es que es obligatorio que se reconozcan los hechos básicos del caso; somos muchos los que opinamos, que esto no sería necesario y que es labor del facilitador durante las reuniones individuales ayudarlo a reconocer lo que pasó. Esta regla determina que es suficiente con que reconozcan parte de su responsabilidad.

Por otro lado, habla de la posibilidad de realizar justicia restaurativa en delitos más graves y que en este caso es necesario más preparación y más tiempo, algo lógico y que viene a corroborar la necesidad de no limitar los tiempos y permitir que los facilitadores se adapten a las partes y pueda tener tiempo para conducir el proceso restaurativo sin

⁶²³ Con referencia a esto, hemos analizado el atenuante de reparación del daño y las sentencias de conformidad como dos instrumentos legales vigentes en la actualidad para dar fin al proceso restaurativo que se haya llevado a cabo, e incorporarlo al proceso penal.

presiones. Y algo muy importante de esta recomendación es que, en consonancia con nuestra propia legislación y jurisprudencia, permite la reparación moral y simbólica. La recomendación es bastante completa porque contempla la necesidad de la promoción de la justicia restaurativa⁶²⁴ y la idoneidad de los programas individuales.

Además, aunque es una recomendación de justicia restaurativa en el ámbito penal, examina que pueda realizarse en otros ámbitos como el escolar o en el lugar de trabajo⁶²⁵. Otra de las reglas especifica la necesidad de justicia restaurativa después de la sentencia⁶²⁶ y las múltiples posibilidades que tiene el proceso como parte de la sentencia. También se puede suspender la sentencia, hasta ver si cumple el acuerdo o incluso como parte del tratamiento penitenciario, todo esto ya lo analizamos al hablar de la ley orgánica general penitenciaria. Aunque es una recomendación que no es de obligado cumplimiento para los estados miembros, sí sería deseable que España adoptara algunas de las medidas que se recomiendan y que contribuirían al mayor desarrollo de la justicia restaurativa y no solo de determinadas prácticas.

B) La declaración iberoamericana de justicia juvenil restaurativa.⁶²⁷

El término justicia juvenil con enfoque restaurativo, viene utilizándose desde hace ya unos años en el contexto iberoamericano; en concreto, tuvimos la oportunidad de colaborar en varias ocasiones en su desarrollo, con trabajos escritos para la revista “Justicia para Crecer”⁶²⁸, editada por Tierra de Hombres y durante nuestra estancia en Nicaragua, con esta misma organización. Este término se debatió y enunció por primera vez en noviembre de 2008 en Tegucigalpa durante el Primer foro regional de justicia penal juvenil, donde se abordó un tratamiento distinto de adolescentes y jóvenes en el sistema penal, a causa de la ineficacia que el sistema había mostrado hasta el momento.

⁶²⁴ Este tema siempre ha sido muy debatido, sobre todo en relación con la oportunidad de que la prensa y los medios de comunicación apoyen la justicia restaurativa así, ya en el 2008, el foro europeo realizó un congreso internacional en Verona que, bajo el título “apoyo social para la justicia restaurativa” intentó establecer lineamientos para esta promoción y apoyo de los medios de comunicación de cada país.

⁶²⁵ En concreto, habla de que algunas prácticas restaurativas como los círculos pueden utilizarse para mejorar el clima de trabajo (serían procesos parcialmente restaurativos).

⁶²⁶ Tamarit Sumalla, J. M. (2018) “*Sección especial: La Recomendación (2018) 8 del Consejo de Europa sobre justicia restaurativa en asuntos penales. El caso de Francia, Italia, Alemania, Suiza y España*”. Revista de Victimología, N. 8/2018.

⁶²⁷ Campistol, C y Herrero, V. (2017) “*Declaración Iberoamericana de Justicia Juvenil Restaurativa: nueva oportunidad para el tratamiento integral de los adolescentes y jóvenes infractores en el sistema penal*”. 26 enero 2018 <https://sites.google.com/site/sociedadcientificadejr/declaracion-iberoamericana-de-justicia-juvenil-restaurativa>.

⁶²⁸ “Justicia para crecer”. Revista especializada en justicia juvenil restaurativa en América Latina y Caribe. Octubre del 2016. N°21.

Posteriormente, el congreso mundial sobre justicia juvenil restaurativa celebrado en noviembre de 2009 en Lima, ofreció como resultado la denominada Declaración de Lima sobre justicia juvenil restaurativa (2009), en la que, de igual modo, se profundizó en este concepto y se definieron algunos elementos clave consensuados.

El segundo foro regional de justicia penal juvenil, celebrado en noviembre de 2009. en San Salvador, dio como resultado la Declaración de San Salvador (2009). En esta declaración, se legitiman todas las reflexiones de los foros anteriores y se asume el fracaso de las políticas denominadas de mano dura, super dura y tolerancia cero.

Durante el Congreso Mundial sobre justicia juvenil, celebrado en Ginebra en enero de 2015, se asumen y apoyan todos y cada uno de los postulados recogidos en las declaraciones anteriormente descritas.

Finalmente, tras dos encuentros Iberoamericanos de justicia juvenil restaurativa, surgió la "Declaración Iberoamericana de justicia juvenil" en 2015, en República Dominicana. Sin duda, la aprobación de esta declaración, por el plenario de ministros de justicia de los países iberoamericanos, supuso un hito sin precedentes para la justicia juvenil. Esta declaración, establece unas pautas para que los estados realmente adopten esta visión restaurativa.

A lo largo de sus catorce puntos, se trata de reafirmar las ventajas de la desjudicialización, siempre que sea posible y, por otro lado, valorar y ver cómo a través de medidas educativas se puede cambiar el enfoque penal en los jóvenes en conflicto con la ley, para ello, se da especial importancia a la comunidad. El tratamiento de las medidas alternativas es un eje central, sin olvidar, las medidas de internamiento, ya que también tendrá que tener un claro enfoque restaurativo y educativo.

Merece la pena destacar algunos de sus puntos: *"promueve el carácter educativo de las medidas a tomar, respecto a los adolescentes que han infringido la ley penal, el tratamiento psicosocial de los adolescentes, en un proceso de reflexión y responsabilización individual y colectiva, y la reparación directa e indirecta del daño causa."*

Esta declaración, si bien referente a la justicia juvenil, pone de manifiesto, y viene a corroborar, que es posible partir de la justicia penal, en este caso juvenil, y usar la justicia

restaurativa para mejorarla⁶²⁹. Este enfoque restaurativo se ve claramente cuando en el punto expuesto, se habla de proceso de reflexión y responsabilización⁶³⁰, que favorezca la reparación, no sólo directa sino indirecta.

Finalmente, todas las medidas contempladas en las leyes de adolescentes deberían tener como objetivo el mencionado y que es congruente con el espíritu de la justicia restaurativa, entendida no como unas simples prácticas o procesos.

Este enfoque restaurativo de la declaración, aunque en justicia juvenil puede y debe extrapolarse a adultos⁶³¹, y se basa en que:

- La justicia penal en general, y la juvenil como es el caso, de la mencionada declaración, puede entenderse como un cambio de lente, en la línea de lo que decía Howard Zehr⁶³², sobre cómo mirar la justicia penal. Mirada que aborda de manera integral y respetuosa al adolescente o joven infractor, a las víctimas directas o indirectas y a la comunidad.

La base del enfoque restaurativo es no solo abordar como mitigar el daño causado sino afrontar el porqué del daño para evitar que se reproduzca, de ahí, esta mirada integral hacia la justicia penal.

- Propone una nueva visión humanista sobre el rol de las propias instituciones, que forman parte del sistema de justicia y de sus operadores.

Para esto, se necesita un cambio de mentalidad, entendido no el sentido de que los operadores jurídicos y gobernantes apoyen prácticas restaurativas concretas, sino que se den cuenta de las posibilidades de este enfoque restaurativo, y desarrollen una política legislativa de acuerdo con este cambio de lente, y dejen de confundir y pensar que todo se reduce a prácticas concretas, como la mediación y como medio de agilizar la justicia.

C) Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes- ejemplo de ley modelo en justicia restaurativa.

⁶²⁹ Algo que ya hemos visto es posible también en adultos, por tanto las diferencias serían más por la edad de las personas ofensoras que por la posibilidad de aplicación de la justicia restaurativa que tanto en adultos como en adolescentes es perfectamente viable y aconsejable.

⁶³⁰ Veysey, B, Martínez, D.J y Christian, J. (2009) " *Identity transformation and offender change* ". In B. Vensey, J. Christian y D.J. Martínez (eds), " *how offenders transform their lives* ". Cullompton: William Publishing, pp.1-11.

⁶³¹ Aunque las primeras prácticas comenzaron en adolescentes el uso de la justicia restaurativa en general está extendido tanto a adultos como adolescentes.

⁶³² Zehr, H. (1991) " *Changing Lenses: New Focus for Crime and Justice* ". Tercera edición. Herald Press (VA), pp, 2 y ss.

Un ejemplo de este cambio de mentalidad con respecto al uso de la justicia restaurativa en personas adolescentes es México; la ley nacional del sistema integral de justicia penal para adolescentes, aprobada el 14 de junio de 2016, viene a avalar la tesis de que es posible construir y mejorar las normas penales y penitenciarias con este enfoque restaurativo.

En su artículo 21 habla de principio de justicia restaurativa como uno de los principios que deben regir todas las resoluciones que se adopten, y de forma muy acertada hablan de este principio, en estos términos “*como respuesta al a conducta que la ley señala como delito, que respeta la dignidad de cada persona, construye comprensión y promueve armonía social a través de la restauración de la víctima u ofendido, persona adolescente y comunidad. Este principio puede desarrollarse de manera individual para las personas mencionadas y su entorno, y en la medida de lo posible entre ellos mismos, a fin de reparar el daño, comprender el origen del conflicto, sus causas y consecuencias.*”

Lo primero que hay que destacar es la inclusión como principio informador de la ley; el principio de justicia restaurativa, y lo segundo es que han elegido la versión de la definición de las Naciones Unidas de justicia restaurativa como base de este principio, algo interesante puesto que ya vimos que es la conceptualización de esta justicia, que más tiene que ver con esta justicia como complemento y mejora de la justicia penal. Para analizar lo que implica el principio de justicia restaurativa, voy a tomar algunas de las palabras de Violeta Maltos ⁶³³: Deberíamos distinguir entre intervención restaurativa ⁶³⁴que sería aquella que realizan las personas facilitadoras de procesos restaurativos después de escuchar las necesidades de víctima, persona posiblemente ofensora y comunidad: qué modelo van a aplicar, si es parcial, mayor o completamente restaurativo.

Incluso si al inicio se concibió, por ejemplo, hacer un círculo o una conferencia y luego se descubre al hablar con los participantes en el proceso, que eso no va a cubrir sus necesidades, que incluso va a generar revictimización o estigmatización, entonces se cambia y se puede tomar decisiones diversas para esta intervención. Podría no hacerse un

⁶³³ Maltos, V. (2018) https://www.facebook.com/violeta.maltos.7?_tn_=%2CdCH-R-R&eid=ARAvvDnOql4as_D6QXGcx7JepUfb10B7yblH2YgpDX50Xqlko6U46Oa1_daw6uBirB0ddhE0JQoBq2eI&hc_ref=ARRd4aK4tTuZ1EiDqmUd_S6N4yRBkSrQSDMzu2IKjzc5pnH_Si4WvLb1x_gmFM_DV_SQ&fref=nf consultado 4 noviembre2018.

⁶³⁴ La intervención restaurativa haría referencia al trabajo de los facilitadores cuando reciben un caso, y que viene a ser decidir si habrá justicia restaurativa, qué práctica sería la mejor para el caso de acuerdo con las necesidades de las partes, y si habrá reunión conjunta o no. Sería la práctica de la justicia restaurativa como tal.

encuentro directo y previamente enviar a los participantes a terapia con determinado enfoque y decidir no hacer un encuentro, eso puede ser una intervención restaurativa, esto es siempre y cuando esta intervención vaya acorde a las necesidades de las personas afectadas (no de acuerdo con las necesidades que el juez o fiscal ⁶³⁵crean que es conveniente para las personas afectadas). Y la decisión o resolución con enfoque restaurativo, de acuerdo con el principio de justicia restaurativa establecido en su ley, supone que cuando haya que dictar una suspensión condicional del proceso o incluso una sentencia (órgano jurisdiccional), se puede ayudar a la persona imputada a plantear un plan de reparación y condiciones para la suspensión condicional (defensa) o asesorar a la víctima sobre la oposición fundada a la suspensión o comentarios a la sentencia (asesoría jurídica). Si estas decisiones⁶³⁶ van encaminadas a cubrir las necesidades de víctima, ofensor y comunidad, en un caso concreto (sobre el dicho por las personas y no sobre lo que los profesionales, creen que es "lo mejor") entonces sí hay enfoque restaurativo.

Un servicio a la comunidad puede ser lo más punitivo o lo más reparador (víctima) y fomentar responsabilidad activa (persona ofensora) dependiendo de si hay enfoque restaurativo en esa decisión o no, si tiene relación con el delito o no, si capacitamos o vamos en la línea de las instituciones de quienes van a materializar dicho servicio comunitario o no, en todo esto hay enfoque restaurativo, o bien no lo hay, dependiendo si existe lo anterior o no.

Asimismo, debemos tener en cuenta que se puede trabajar con enfoque restaurativo solo con víctimas, solo con las personas adolescentes y solo con comunidad, y también juntamente con todos, en este último caso, serían los encuentros restaurativos ideales puesto que incluirían a todos los afectados.

Pero esta ley viene a corroborar que se puede ser totalmente restaurativo si fuera posible, y si no seríamos parcialmente restaurativos, ambas opciones son viables y buenas para los afectados por el delito. Según Osorio "el enfoque restaurativo en el sistema integral de justicia penal para adolescentes debe entenderse como una visión integral que atienda digna y empáticamente a la víctima u ofendido, a la persona adolescente y a la comunidad,

⁶³⁵ Se debe recordar que en los procesos restaurativos son las personas afectadas las que dicen que necesitan para sentirse reparada y no es el tercero ajeno al problema el que decide por ellas.

⁶³⁶ El juez al adoptar sus resoluciones de acuerdo con este principio podrá realizar una decisión con enfoque restaurativo precisamente si tiene en cuenta los daños de los diferentes afectados y sus necesidades. Es decir, si tiene en cuenta los principios básicos de la justicia restaurativa según Zehr (2007) que ya hemos analizado anteriormente.

que los derechos de cada uno sean respetados, privilegiando la reparación del daño y la responsabilidad activa por parte de la persona adolescente”⁶³⁷.

Esta ley además contempla como prácticas ideales los círculos, reunión víctima-infractor y juntas restaurativas (lo que en otros lugares son conferencias). Importante es que distingue por fin, entre mediación y reunión víctima-infractor y, por último, lo que es todavía más relevante, es que contempla estas prácticas restaurativas estando la persona adolescente sujeta a una medida de internamiento. Lo cual implica que prevé esta posibilidad en delitos graves.

En estos casos, deberá ser solicitado por la víctima y no tendrá más efectos que el dar a la persona ofendida la oportunidad de sanar y a la persona adolescente de hacer lo correcto. Esta ley viene a apoyar la tesis de que es posible elaborar normas con enfoque restaurativo y utilizar las prácticas restaurativas, incardinadas dentro del proceso como complemento o alternativa.

D) Estudio sobre prácticas restaurativas en justicia juvenil elaborada por el Ilanud.⁶³⁸

Consideramos importante para conocer la realidad de la justicia juvenil restaurativa añadir parte este análisis de la justicia juvenil en países iberoamericanos que elaboramos durante el trabajo de investigación de esta tesis, a petición del ILANUD y para la Asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos, en el que han participado varios países incluyendo España y Portugal, sobre el uso de las prácticas restaurativas en la justicia juvenil. Primero recibimos los datos acerca de qué consideraban que se hacía en cada país como prácticas restaurativas y luego procedimos a su análisis y desarrollo de una serie de recomendaciones. A continuación, adjuntamos una tabla con la información de los países sobre las principales prácticas restaurativas usadas para la justicia juvenil y otras que no son tal, sino que pueden considerarse mecanismos que contemplan las leyes para evitar la judicialización de los menores de edad y/o para asegurar la reinserción, y

⁶³⁷ Osorio, A. (2019) “El principio de justicia restaurativa de la Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes”. Recuperado de <http://www.iidejure.com/el-principio-de-justicia-restaurativa-de-la-ley-nacional-del-sistema-integral-de-justicia-penal-para-adolescentes/>

⁶³⁸ Presentado y aprobado durante la asamblea general de la Asociación iberoamericana de ministerios públicos celebrada el 15 y 16 de noviembre de 2017 en Buenos Aires (Argentina).

que podrían ser en todo caso, a tenor de lo que hemos hablado con la ley mexicana, toma de decisiones⁶³⁹ con enfoque restaurativo.

(a) Principales prácticas restaurativas de los diferentes países participantes en el estudio.

País	Prácticas restaurativas como tales	Otras prácticas no restaurativas pero que pueden favorecer el enfoque restaurativo
Argentina	Mediación penal	
Chile	Mediación penal	
Ecuador	Mediación penal. Conferencias	Remisión, conciliación, Suspensión del pleito a prueba, y otras como reparación
México	Mediación penal. Conferencias (juntas)	

⁶³⁹ En todo caso, serían toma de decisiones con enfoque restaurativo si tienen en cuenta las necesidades de los afectados y fomentan la responsabilización del menor. Es decir, si se cumplen los principios de la justicia restaurativa.

Paraguay	Mediación penal	
Uruguay	Mediación penal. Conferencias.	
Costa Rica	Reuniones restaurativas.	Audiencias tempranas al juicio
Nicaragua	Mediación.	Conciliación, acuerdos, remisión y conversatorios
El Salvador	Conferencias.	Inserción en programas escolares, programas de prevención y rehabilitación, aprendizaje de oficios...
España	Mediación penal. Conferencias	
Portugal	Mediación penal	Suspensión provisional del proceso, reparación y archivo

Cuba	Ninguna práctica restaurativa	
Colombia		Principio de oportunidad
Honduras		Principio de oportunidad
Guatemala		Principio de oportunidad

Una vez se recibió lo que cada país consideró como principales prácticas restaurativas se elaboró un informe sobre la idoneidad de estas prácticas y una serie de recomendaciones al respecto del uso de la justicia restaurativa⁶⁴⁰ y las **principales observaciones fueron las siguientes:**

- Existen de forma general tres prácticas restaurativas reconocidas a nivel mundial: conferencias de familia, círculos y mediación víctima-infractor. De los 15 países, ocho usan de forma general mediación víctima-infractor y cinco las conferencias de familia, siendo Ecuador, México,⁶⁴¹ España y Uruguay, los países que tienen como prácticas restaurativas tanto la mediación víctima-infractor y conferencias de grupos de familia (llamadas juntas en México).

Sin embargo, como dice Zehr “no hay⁶⁴² prácticas restaurativas ideales puras, sino que es necesario su adaptación al lugar donde se quieren implementar”, por eso, en algunos lugares se denominan de forma diferente las conferencias de grupos familiares, pese a que por sus características son similares a éstas, estamos hablando de las reuniones restaurativas en Costa Rica y las Juntas en México. Esto

⁶⁴⁰ Informe elaborado a petición del Ilanud y para presentarse en la Conferencia iberoamericana de fiscales en Argentina, noviembre de 2017.

⁶⁴¹ Aunque el país no lo menciona sí hemos visto que la ley de México contempla los círculos como otra posible herramienta de la justicia restaurativa, y se han realizado algunos en la fase de ejecución de sentencia.

⁶⁴² Op. Cit. Zehr, pp.11.

es consustancial al espíritu de la propia justicia restaurativa pues ésta tiene como fundamento la flexibilidad y la capacidad de las prácticas restaurativas para acomodarse a cada lugar, sin tener que exportar modelos de prácticas restaurativas ideales y puros.

- Existen algunos países como Cuba, que afirman no tener prácticas restaurativas, sería deseable ayudarlos a impulsarlas. Otros dos, Colombia y Honduras, comentan no tener prácticas restaurativas, más allá del principio de oportunidad. En este punto, se debe tener cuidado, puesto que el principio de oportunidad, por sí, no puede considerarse como una práctica restaurativa. Es cierto que este principio junto con el de intervención mínima, favorecen y facilitan la aplicación de las prácticas restaurativas y su mejor incorporación a nuestro derecho, pero en sí mismo no es una práctica, sino un cauce para aplicación de diversas prácticas. Y en todo caso si se hace con el enfoque restaurativo podría considerarse una toma de decisiones con enfoque restaurativo.⁶⁴³
- Otros países dicen tener como prácticas restaurativas, además de las habituales; otras como remisión, conciliación, suspensión del pleito a prueba, reparación, resarcimiento, servicios de la comunidad en Ecuador, en el Salvador hablan de inserción a programas escolares, prevención, rehabilitación, aprendizaje de oficios, trabajos comunitarios. Costa Rica⁶⁴⁴ se refiere a las audiencias previas al juicio. Portugal habla de la suspensión provisional del proceso, reparación y archivo.

La mayoría de estas prácticas son herramientas que contemplan las normas internas de los estados dentro del proceso penal tradicional. Es decir, se aplican ya de modo general, en el proceso penal juvenil.

Algunas son medidas que se pueden imponer tras la sentencia como la de trabajos en beneficio de la comunidad o inserción a programas escolares, prevención,

⁶⁴³ Término que hemos analizado gracias a Maltos, V (2017) "Manual de justicia restaurativa", pp.21 y ss. recuperado de <http://www.abogadogeneral.unam.mx/sites/default/files/archivos/Manual%20de%20JR%20y%20MASC%20IIDEJURE.pdf>.

⁶⁴⁴ A este respecto Costa Rica ha avanzado mucho y ya cuenta con una Ley de Justicia Restaurativa N° 9582 de 2 de julio de 2018 recuperado de http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=86883 De esta ley destaca el ARTÍCULO 2- Ámbito de aplicación. El procedimiento restaurativo se aplicará en materia penal, penal juvenil y contravencional, en todas las etapas procesales, conforme a lo establecido en esta ley. Importante la idea de poder aplicar la justicia restaurativa en cualquier fase del proceso para adultos, jóvenes y delitos de menor entidad.

rehabilitación...Otras se contemplan como consecuencia del proceso penal y la condena de la persona adolescente, como la reparación o resarcimiento, incluso en algunos lugares se contempla como atenuante de la posible medida a imponer, si se hace antes del juicio. Y algunas otras son consecuencias o modos de terminar el proceso, que prevé la justicia tradicional, si se cumplen ciertos requisitos como el archivo o la suspensión del pleito a prueba o suspensión provisional. Es decir, todas ellas son herramientas de la justicia penal tradicional, que se pueden adoptar de forma separada a la justicia restaurativa y sin ser consideradas una práctica restaurativa.⁶⁴⁵

Por ejemplo, un caso claro sería la reparación del daño, ésta puede ser impuesta por el juez, sin necesidad de dar voz a la víctima y como medida de sanción, se trataría de una consecuencia más de la pena derivada del delito. En este caso, no tendría un enfoque restaurativo, ni siquiera debe considerarse como una práctica restaurativa. Es una simple herramienta que contempla la legislación de forma normalizada dentro del proceso penal tradicional. Por eso, sorprende que se considere una práctica restaurativa, sin embargo, aunque en sí mismas no son prácticas restaurativas, sí pueden tener un enfoque restaurativo y estar orientadas a cumplir algunos de los principios de la justicia restaurativa como la mejor atención a las necesidades de la víctima y la responsabilización de la persona adolescente. Este podría ser el caso de la reparación del daño como forma de atender a las necesidades de la víctima (aunque en el caso de la reparación, las legislaciones suelen tender a considerar toda reparación como material mientras que para las víctimas, la reparación tiene que ver más con aspectos morales y/o psicológicos⁶⁴⁶) y los trabajos en beneficio de la comunidad, como manera de que la persona adolescente reconozca el daño que hizo y devuelva a la comunidad, algo de bien por el mal que hizo.

(b) Conclusiones.

Es un estudio sobre justicia juvenil restaurativa pero perfectamente sus conclusiones se podrían, y de hecho sería deseable incorporarlas a los adultos. Aunque es importante tener

⁶⁴⁵ Podría ser restaurativo si la decisión tiene en cuenta como ya hemos venido diciendo los principios de la justicia restaurativa.

⁶⁴⁶ Aunque es una afirmación que no puede generalizarse, en la práctica diaria las víctimas buscan reparaciones que tengan que ver con recuperar su sentimiento de seguridad antes que aspectos materiales.

una mentalidad amplia, congruente con la flexibilidad de las diversas prácticas restaurativas, no todo puede ser considerado práctica restaurativa. En algunos casos lo que se llama práctica restaurativa son mecanismos legales para evitar la judicialización del expediente, sobre todo, en supuestos de delitos más leves. En todo caso, y como hemos venido afirmando, si puede construirse herramientas de la justicia tradicional como las mencionadas, con un enfoque restaurativo, que favorezcan la atención más individualizada de cada caso, teniendo en mente los principios y valores de esta justicia restaurativa y que de esta forma, sean un cauce para incorporar los resultados de las diferentes prácticas.

También debe tenerse en cuenta que las diferentes prácticas restaurativas, no son solo una alternativa, pueden y deben contemplarse también como un complemento del sistema penal tradicional. Serán una alternativa, reiterando lo ya expuesto en delitos menos graves y haciendo uso de los principios de oportunidad y de intervención mínima, se evitaría el juicio, aplicando medidas como las expuestas, por algunos países como la suspensión del proceso. Pero es posible y debería contemplarse así, usar prácticas restaurativas en delitos graves⁶⁴⁷, solo como complemento y para favorecer la mejor reparación del daño a la víctima y la reinserción de la persona adolescente. Sería una fórmula que ayudaría a la persona adolescente objeto del estudio pero también a los adultos que puedan participar en un proceso restaurativo, a reconectar con la comunidad y volver a ella, como una persona nueva y productiva, porque se ha dado cuenta del impacto que el delito ha tenido. De esta forma, aunque las prácticas restaurativas no tengan como objetivo la reducción de la reincidencia, sí son una consecuencia beneficiosa, ya que provocan en muchos infractores un posible desistimiento⁶⁴⁸ del delito. Somos conscientes que esto es objetivo también de las leyes penales de adolescentes en general (e incluso de las de adultos), sin

⁶⁴⁷Un ejemplo de esta posibilidad de justicia restaurativa en delitos más graves y en ejecución es la Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes de México en su artículo 195 dice " Pueden aplicarse los procesos restaurativos a que se refiere esta Ley, o bien, que la persona adolescente, la víctima u ofendido y la comunidad afectada participen en programas individuales, bajo el principio de justicia restaurativa, establecido en este ordenamiento", este artículo está contenido en el capítulo de la justicia restaurativa en la medida de ejecución de sanciones. Maltos (2017) dice que: "en cuanto a los efectos del cumplimiento de los acuerdos, se establece que se tendrá por reparado el daño causado y que, fuera de ello, no habrá ningún otro perjuicio o beneficio para la persona adolescente por su participación".

⁶⁴⁸ Respecto del desistimiento del delito incluso la Recomendación CM/Rec (2018)8 del Comité de Ministros a los Estados miembros en materia de justicia restaurativa penal contempla esto en su preámbulo y dice "Considerando la importancia de suscitar el sentido de la responsabilidad entre los ofensores y brindarles oportunidades de reparar el daño causado, que podría favorecer su reinserción, permitir el desagravio y el entendimiento mutuo, y fomentar el desistimiento de cometer delitos". Y entre los autores que han hablado sobre ello, ya hemos destacado a Maruna, S. (2016) "*Desistance and Restorative Justice: it is now or never*". *Restorative Justice: An International Journal*, 4(3), pp. 289-301.

embargo, consideramos que en algunos casos la reducción de la reincidencia⁶⁴⁹ podría ser más alta si el ofensor participa en una práctica o programa de justicia restaurativa.

Por último, para que las prácticas restaurativas sean una realidad en todos los países, sería recomendable que se instara a cada uno de los estados, a proyectar e implementar los servicios que ofertarán estas prácticas restaurativas como servicios estables, públicos y gratuitos.

Siendo necesario para ello apoyo económico y formación adecuada de los profesionales de las prácticas restaurativas, así como de los operadores jurídicos y demás personas que tienen contacto con víctima y victimario.

Porque parece que los beneficios y ahorros⁶⁵⁰ serán superiores a la inversión económica que se ha de hacer.

⁶⁴⁹ Aunque es cierto que aún sin un proceso de justicia restaurativa la reincidencia no sería muy alta en España. Según información del Gobierno de marzo de 2019 “Un tercio de los que salen de prisión reincide en los 12 años siguientes. En concreto, el Ejecutivo de Pedro Sánchez recalca que la media de duración de las penas en España es de 18 meses y que, según un estudio reciente, el porcentaje acumulado de reincidencia de quienes salen de prisión está actualmente en el 31,63% en un periodo de 12 años, frente a una tasa de rehabilitación del 68,37%” última consulta 2-2-2021 <https://www.europapress.es/nacional/noticia-tercio-salen-prision-reincide-12-anos-siguientes-20190324113050.html>.

⁶⁵⁰ No existen muchos estudios al respecto en España, uno de ellos es el que se hizo en 2013 en Álava. “Evaluación del coste de la Justicia restaurativa integrando indicadores cuantitativos y cualitativos: El caso de la mediación penal aplicada a las infracciones de menor gravedad”. Recuperado de <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Publicaciones/Mediacion-penal/>.

CUARTA PARTE: Panorama actual de la justicia penal y posibles aportes beneficiosos de la justicia restaurativa en cuanto al tratamiento de la víctima, ofensor y comunidad.

1. Introducción: visión general de la justicia penal desde la perspectiva del ciudadano.

En este bloque vamos a intentar explicar de forma práctica lo que realmente experimentan las personas cuando acuden al sistema y de qué manera, como decía Terry O'Connell,⁶⁵¹ “podemos mejorar la experiencia de las personas con la justicia restaurativa y sus aportes”.

La imagen que tiene el ciudadano de la justicia en general y de la justicia penal en concreto, dista mucho de ser buena o al menos parcialmente satisfactoria.

Es generalizada la idea de que no existe justicia, o valoraciones como la de que hay una justicia para ricos y otra para pobres, y esta percepción sobre la justicia empeora si preguntamos por la justicia penal y esto es así, aunque no hayamos sido nunca víctimas, y no hayamos tenido que pasar por el juzgado. Paradójicamente, de forma idílica, todo se pretende solucionar⁶⁵² acudiendo al derecho penal, existe una creencia o más bien una esperanza como ya vimos, que el endurecimiento de las penas puede ser la solución a la delincuencia⁶⁵³. Y esto rara vez ocurre, aunque también se aprecia que existe un cierto sentimiento de inseguridad⁶⁵⁴ que no se corresponde con la realidad. Sin embargo, el

⁶⁵¹ Esta cita la hizo durante su ponencia en el I Congreso Internacional de Justicia Restaurativa hacia la transformación social, organizado en Brasilia el día 23 de mayo de 2019.

⁶⁵² Domingo de la Fuente, V. (2008) “*Justicia restaurativa y mediación penal: de la teoría a la práctica*”

⁶⁵³ Iglesias Río, M. A y Tapia Ballesteros, P. (2017) Aproximación a la Justicia Restaurativa en el ámbito penal en España. La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario, Nº. 127.

⁶⁵⁴ A este respecto sobre la influencia de las sucesivas reformas, la disminución de la delincuencia y sentimiento de seguridad véase el trabajo de Barquín Sanz, J. (2011)” *Política criminal y código penal: cinco años después*”. Diario la Ley nº5255.

endurecimiento de las penas de estos últimos años con las sucesivas reformas del código penal no se ha visto reflejado en la disminución de la criminalidad.

Según informe del Ministerio de interior⁶⁵⁵: *El Ministerio del Interior publica este Balance de Criminalidad correspondiente al cuarto trimestre del año 2019. Según los datos registrados por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, durante el año 2019, las infracciones penales corresponden a un total de 2.201.859 hechos, lo que constituye un 3,3% más con respecto al mismo periodo del año 2018, cuya cifra ascendía a 2.131.118. Gran parte de este incremento se debe a las estafas por internet, como consecuencia del auge experimentado en el comercio online. En la siguiente tabla se puede comprobar el porcentaje que representa la cibercriminalidad sobre el total de infracciones penales:*

2011	2,1%
2012	2,5%
2013	2,6%
2014	3,1%
2015	3,9%
2016	4,3%
2017	5,3%
2018	7,0%
2019	10,1%

Otro hecho que influye en el aumento de la criminalidad se corresponde con los delitos contra la libertad e indemnidad sexual.

Parece que el ciudadano relaciona justicia con castigo, pero cuando tras el proceso penal, el castigo al infractor se revela como insuficiente, surge la percepción de que la justicia no es buena.

Y esto es así, porque la víctima solo tiene la esperanza en que el infractor recibirá su castigo, pero generalmente nunca este castigo va a ser suficiente para compensar el daño que sufrió, esto ocurre, por ejemplo, si pensamos en un delito muy grave, como la muerte, ¿cuánto castigo sería suficiente para compensar las pérdidas de vidas⁶⁵⁶?

⁶⁵⁵Rescatado de la página y referido al cuarto trimestre del año 2019 <https://estadisticasdecriminalidad.ses.mir.es/>.

⁶⁵⁶ Ezzat Fattah, A. (2012) “Ponencia impartida durante la VII Conferencia del Foro europeo de justicia restaurativa” celebrada en Helsinki.

Jamás se podría poner en una balanza el delito grave y el castigo porque ni tan siquiera la muerte del infractor, como el castigo más terrible, podría equilibrar la pérdida de seres vivos inocentes.

De ahí, surge la desilusión de las víctimas con la justicia penal, ya que no se las ofrece otras expectativas que la posible condena. Y para el resto de los ciudadanos, que asisten como testigos a todo el proceso, esto todavía es más injusto, ya que como víctimas indirectas no tienen las mismas necesidades que las víctimas directas, y al ponerse en el lugar de ellas, todavía surge en ellos más rabia e impotencia pensando que si algún día son víctimas, el proceso penal no va a satisfacer sus necesidades de una forma adecuada. La pregunta es si esto implica que somos demasiado punitivos como para aceptar una justicia restaurativa que se centre más en la reparación del daño que en el simple castigo al infractor. En nuestra opinión y de acuerdo con las personas a las que ofrecemos el proceso de justicia restaurativa, y las explicamos en qué consiste y cuáles pueden ser sus expectativas, un alto porcentaje de ellas, aceptan participar, porque ven más posibilidades para conseguir sentirse satisfechas, además o aparte del posible castigo al culpable.

Pero en todo caso, lo que es cierto es que se debe dejar la elección a las víctimas, todos deberíamos tener la oportunidad de participar en un proceso restaurativo, siendo igualmente digno de respeto las víctimas que acepten participar que las que no lo hagan.

Sin embargo, hay algo que está claro y es que la imagen del ciudadano respecto de la justicia va a mejorar, simplemente con tener la oportunidad de tomar esta decisión, las personas se van a ver empoderadas, verán que son tenidas en cuenta y que su voluntad es respetada, y además si optan por la justicia restaurativa obtendrán un plus de empoderamiento, que las ayudará en su mejor y más pronta recuperación.

Lo destacable es que la justicia restaurativa y el acceso a sus diferentes herramientas, debería configurarse como un derecho más de las víctimas, pero a la vez, este enfoque restaurativo, más humano puede permitir, como analizaré más adelante, modernizar la justicia, introduciendo ciertos aspectos restaurativos en el proceso penal tradicional, por ejemplo, dando la oportunidad a las víctimas de expresar su opinión durante todo el proceso, siendo informadas de la evolución de su caso y general siendo tenidas en cuenta.

El ciudadano puede empezar a creer en la justicia penal:

- Si permitimos que puedan tener acceso a los diferentes procesos restaurativos para gestionar su caso, si es su deseo.
- Y si además utilizamos la esencia de esta justicia restaurativa para mejorar la justicia penal, haciéndola más cercana al ciudadano, y más comprensible para con las verdaderas necesidades de los afectados por el delito.

Estos dos objetivos son la base para construir un derecho penal y penitenciario moderno, compatibilizando ambos derechos y la justicia restaurativa.

2. Posición del infractor durante el proceso penal tradicional.

Ante los tribunales, el infractor no tiene por qué explicar o explorar su comportamiento delictivo. Por el contrario, la justicia tradicional le da toda clase de herramientas para poder negar el delito, justificar su conducta, mentir o engañar⁶⁵⁷.

El juicio crea incentivos para reforzar su negación del delito. El infractor ante la denigración que le puede suponer la acusación suele ser más propenso a justificar el delito.

De ahí que mecanismos como las sentencias de conformidad o la reparación del daño, sean utilizados por el infractor, pero no porque el reconocimiento del delito es sincero, o decida reparar para ayudar a la víctima, sino por motivos exclusivamente penológicos.

⁶⁵⁷ Este reforzamiento de las garantías del investigado por un delito tiene su fundamento en la preocupación que sobre todo tras la segunda guerra mundial surgió por reforzar los derechos humanos, en especial de las personas privadas de libertad, y ya hemos hablado al respecto de las reglas de Mandela. Todo esto se tradujo en que en cada legislación de los diferentes países se incorporaron normas que consagran derechos fundamentales de las personas. A este respecto destaca el artículo 17 de nuestro texto constitucional: “Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley.

La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial.

Toda persona detenida debe ser informada de forma inmediata, y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención, no pudiendo ser obligada a declarar. Se garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la ley establezca.

La ley regulará un procedimiento de "habeas corpus" para producir la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente. Asimismo, por ley se determinará el plazo máximo de duración de la prisión provisional”. Pero sobre todo el artículo 24.2 viene a reforzar la idea de dotar a las presuntas personas infractores de los máximos derechos así dice : “ Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia”. En este sentido, parece que en la preocupación por dotar de todos los derechos a los presuntos infractores se olvidó el legislador de favorecer la responsabilización de estas personas y su asunción del daño causado.

De esta forma, no se consigue una responsabilización activa y real del infractor, lo cual no les beneficia a ellos mismos, ni a las víctimas, ni a la comunidad.

Los costes del juicio⁶⁵⁸ y de las penas afectan a su entorno, lo que sin duda influirá negativamente en el infractor quién como hemos comentado se sentirá víctima del sistema y asimismo convertirá a sus allegados en víctimas, al recibir de forma indirecta el castigo que el estado infringe a su pariente por haber cometido un delito.

El castigo al infractor conlleva un plus, sus familiares se ven "señalados", puede entrar en prisión y perder su trabajo, su familia se queda sin apoyo económico...en definitiva, el delito cometido y su castigo arrastra a muchas personas del entorno del infractor.

La actitud del infractor durante todo el proceso y si al final es condenado, es pasiva y no positiva. Se limitará a cumplir su condena, sin asumir el daño que causó a otro ser humano, ni reconocer que cometió un delito. El proceso de justicia tradicional penal es generalmente pasivo pone al ofensor en una situación defensiva.

3. El infractor ante un proceso restaurativo.

La justicia restaurativa parte del hecho de que, si alguien hace algo mal, debe reparar el daño que causó, frente a la actual justicia retributiva que se basa en que el que hace algo mal será castigado. Con la justicia retributiva, el infractor "paga" siendo castigado (es decir, devolviéndole parte del daño que causó) un rol totalmente pasivo, sin embargo, la justicia restaurativa le estimula en el sentido que desde el principio el infractor debe "pagar" el daño, reparando⁶⁵⁹ en la medida de lo posible el sufrimiento que causó. El objetivo de esta justicia⁶⁶⁰ no es sólo reducir el crimen sino también su impacto. En definitiva, con la justicia restaurativa se restaura el equilibrio no devolviendo, sufrimiento sino quitando un poco este. Es constructivo.

El delincuente en los procesos restaurativos asume una actitud positiva y constructiva, viendo que la reparación del daño que ocasionó no es una obligación impuesta por un

⁶⁵⁸ Johnstone, G; Van Ness, D. (2007) "*The handbook of restorative Justice*". Editorial Taylor & Francis.pp.253 y ss.

⁶⁵⁹ Sobre qué es más satisfactorio para las víctimas: reparación o retribución se puede mencionar, Strang, H. (2002) "*Repair or revenge: victims and restorative Justice*". Oxford: Clarendon Press, pp.25 y ss.

⁶⁶⁰ Braithwaite, J. (2002) "*Restorative Justice and responsive regulation*". New York. Oxford University Press inc.pp.14 y ss.

tercero ajeno a él, (Juez) sino que aprenderá a ver este acto como una prestación socialmente constructiva.

El delito genera un impacto en la víctima, en la gente que le rodea y en la comunidad en general, lo que puede dar lugar a conflictos que precisamente derivan del delito y a través de los procesos restaurativos este impacto, que el delito causa en la comunidad y en el propio infractor, se puede gestionar de una forma más sanadora, eficaz y productiva.

La rendición de cuentas del infractor comenzará cuando reconozca precisamente que ha causado un daño a otra persona, pero es que la justicia restaurativa va un poco más allá porque va a ayudarlo a generar un proceso de reflexión donde sí reconoce y se responsabiliza del hecho delictivo va a tener una oportunidad de transformación⁶⁶¹, de reconectar con su humanidad y con el resto de los seres humanos que le rodean. La justicia restaurativa trata precisamente de curación, transformación y rendición de cuentas. Le decimos que nos preocupamos por él, si quiere hacer las cosas bien desde ese momento en adelante, esta preocupación por el infractor y la conexión con él como ser humano, implica que le vamos a mirar más allá del daño que causó⁶⁶², y lo haremos por los esfuerzos y los actos que haga para hacer las cosas lo mejor posible para con la víctima directa y con la comunidad. Se trata de un proceso de reconexión con sí mismo como ser humano, con sus allegados y con los demás miembros de la sociedad.

La idea esencial con respecto al infractor es que la justicia restaurativa y sus diferentes herramientas pueden llegar a generar en ellos un punto de inflexión en el que, al poner rostro a su delito, decidan no volver a delinquir⁶⁶³ porque han visto el daño y el impacto que su acción ha tenido en otra persona. Se ha generado en ellos valores restaurativos como la empatía, diálogo, humanización que le llevan a no querer delinquir (por eso esta justicia favorece la prevención del delito y evita la reincidencia).

⁶⁶¹ Sobre los efectos de los procesos restaurativos en los infractores y los valores que se generan destacan trabajos como Presser, L y Van Voorhis, P. (2002) “*Values and evaluation: assessing processes and outcomes of Restorative Justice programs*”. *Crime and delinquency*, 48(1), pp. 162-188.

⁶⁶² Bazemore, G, Walgrave, L. (1999) “*Restorative juvenile justice: repairing the harm of youth crime*”. Lynne Rienner Publishers, pp. 75-102.

⁶⁶³ Para esto en ocasiones ayuda las reuniones conjuntas de los procesos restaurativos donde el ofensor pone “rostro” a la víctima, aunque se puede conseguir esto a través también de procesos indirectos, lo importante es que este punto de inflexión que puede surgir con la justicia restaurativa puede darse durante la instrucción y como hemos visto, en cualquier momento incluso estando el ofensor en prisión, a este respecto, Tamarit Sumalla, J.M. (2004) “*La introducción de la justicia reparadora en la ejecución penal: ¿una respuesta al rearme punitivo?*”. Iustel. Revista General de Derecho Penal, nº1.

4. Algunos aspectos claves sobre la culpabilidad y responsabilización.

Culpabilidad y vergüenza, a veces van unidas, pero hay estudios⁶⁶⁴ que revelan que los presos que muestran culpabilidad son menos propensos a reincidir que aquellos que sienten vergüenza.

Esto puede ser porque, aunque parezcan sentimientos y actitudes similares llevan implícito distintas formas de abordar el hecho de haber cometido un delito.

La culpabilidad implica un sentimiento de responsabilidad y remordimiento por una ofensa, es decir, la culpabilidad como parte de la justicia restaurativa, conlleva dos aspectos básicos de ésta: la asunción de responsabilidad como paso previo para reparar el daño.

Mientras que la vergüenza conlleva una sensación dolorosa dirigida al yo. Se sienten señalados y estigmatizados⁶⁶⁵ por ir a la cárcel o ser juzgados como delincuentes.

Esta vergüenza para muchos se traduce en una respuesta defensiva, negación de la responsabilidad y la necesidad de culpar a los demás. Los sentimientos de vergüenza le hacen no reconocer su responsabilidad, se considera señalado y estigmatizado⁶⁶⁶, se pone a la defensiva culpando a los demás, en definitiva, el mismo se considera una víctima⁶⁶⁷. El rol de delincuente sin posibilidad de reinserción⁶⁶⁸ cae como una losa sobre ellos, lo que acrecienta su sentimiento de vergüenza⁶⁶⁹ y genera una creencia de que las víctimas son ellos. Pierden la conciencia de la realidad de lo sucedido y de que su acción sí causó un daño a otra persona.

⁶⁶⁴ “After committing a crime, guilt and shame predict re-offense” rescatado de <https://www.sciencecodex.com/after-committing-a-crime-guilt-and-shame-predict-reoffense-127682> es un estudio sobre la base de 470 entrevistas a personas privadas de libertad y después de un año de su libertad que demostró que aquellos que tenían sentimientos de culpabilidad hubo menos reincidencia que los que tenían sentimientos de vergüenza.

⁶⁶⁵ Braithwaite, J. (2016) “*Delito, vergüenza y reintegración*”. Delito y Sociedad, pp. 1-14. Traducción al castellano de José Deym. Una versión de este artículo fue publicada en inglés como Shame and criminal Justice (2000) Canadian Journal of Criminology and Criminal Justice, 42, 3, pp.281-298.

⁶⁶⁶ Garland, D. (2001) “*The culture of control: crime and social order in contemporary society*”. Chicago: The university of Chicago Press, pp. 52 y ss.

⁶⁶⁷ Sobre la victimización del delincuente sobre todo en el ámbito penitenciario (ya mencionada anteriormente), destaca Romero Coloma, A. M. (1996) “*El recluso y su victimización: nuevas perspectivas ante el recién aprobado Reglamento general penitenciario*”. Actualidad penal nº38, pp. 14-20.

⁶⁶⁸ Puede parecer una presunción ligera, esta afirmación “rol de delincuente sin posibilidad de reinserción” sin embargo tras más de un año trabajando en justicia restaurativa y privados de libertad, hemos constatado que las etiquetas de delincuentes no son tan impuestas por la sociedad y más auto impuestas. La frase que más ha llegado a los participantes del programa es: “no sois delincuentes sino personas que habéis hecho daño y habéis cometido errores.”

⁶⁶⁹ Maruna, S. (2006) “*Who owns resettlement? Towards Restorative re-integration*”. British Journal of Community Justice, 4(2), pp. 23-33.

Por eso, no podemos juzgar a un infractor que no reconoce el delito, en ocasiones esta reacción es normal, ya que a veces la vergüenza no les va a dejar que este reconocimiento fluya de forma lógica.

Será la labor del facilitador trabajar con estos infractores para intentar ayudarlos a asumir su responsabilidad, en todo caso, el proceso penal tradicional no suele lograrlo, sino que como hemos visto, fomenta esta actitud negativa, de no reconocimiento de su responsabilidad.

Por eso, la justicia restaurativa y sus herramientas tienen como objetivo con relación al infractor, favorecer su responsabilización y su voluntad de querer reparar el daño, no trata de avergonzar al delincuente, sino más bien de reintegrarlo, a través de lo que Braithwaite⁶⁷⁰, como hemos visto, llamó vergüenza reintegrativa. Si el infractor es “avergonzado” respetuosamente y en presencia de la víctima y de las personas que son importantes para él, es más probable que acepte su responsabilidad, enfrente el delito y quiera cambiar. Según este autor: “es la vergüenza de los ojos de quienes respetamos, lo que nos puede hacer cambiar⁶⁷¹”. Por eso, los procesos restaurativos como son participativos e inclusivos favorecen la concienciación, una actitud positiva para abordar el impacto del delito y una mayor reintegración del delincuente, reduciendo aparentemente la reincidencia⁶⁷², para esto se valen de sentimientos constructivos como la vergüenza reintegrativa.

Por otro lado, la culpabilidad como sentimiento conlleva responsabilidad, reconocimiento del delito y del daño, y esto hace experimentar otros, como el remordimiento y el pesar, lo que motiva precisamente como en un “círculo perfecto”, un querer reparar, confesar el crimen, pedir disculpas, en definitiva, genera en el infractor un querer hacer lo correcto y justo. Sin embargo, esta mezcla de sentimientos, aunque producen en ocasiones resultados contradictorios, va unidos y entrelazados. Es decir, cuando un infractor comete

⁶⁷⁰ Braithwaite, J. (1989) “*Crime, Shame and Reintegration*”. London. Cambridge, Univ. Press, Redwood, Ltd.

⁶⁷¹ Op. Cit. Braithwaite, pp.69.

⁶⁷² Aunque reducir la reincidencia como hemos visto no es un objetivo de la justicia restaurativa sí puede ser una consecuencia beneficiosa que surge de las personas que participan en un proceso de estas características, no hay muchos estudios al respecto pero algunos destacan la posible relación en la disminución de la reincidencia y justicia restaurativa, en especial en aquellas prácticas que implican una reunión conjunta a este respecto véase Wilson, M. (2007) “*Inside out: how does an in-prison victim awareness programme affect recidivism?*”. (Masters dissertation). Lucy Cavendish College. United Kingdom.

un delito, lo normal es que los primeros sentimientos sean el de la vergüenza y por su cabeza haya pensamientos sobre qué pensarán de mí o cómo va a mirarme mi familia.

Pero como hemos comentado, la labor de los profesionales de diferentes ámbitos, incluidos los de la justicia restaurativa, es ayudar al infractor en el camino hacia la responsabilidad⁶⁷³, mostrarle que su acción ha impactado realmente en otro ser humano y fomentar que reconozca la culpabilidad, pero no avergonzándolo de forma estigmatizante, sino diciéndole que si quiere cambiar, va a tener una oportunidad y que su obligación es hacer las cosas bien desde ese momento en adelante, por eso la reparación o compensación del daño es una parte esencial, en ese cambio constructivo y positivo.

Por eso vergüenza y culpabilidad van indisolublemente unidas, lo necesario es procurar un equilibrio positivo entre ambos sentimientos, para que la vergüenza reintegrativa, genere culpabilidad y transforme la actitud pasiva del infractor en otra positiva y activa. El delito une a víctima e infractor⁶⁷⁴ y al igual que las víctimas, deben recorrer un camino restaurativo hacia su recuperación física y emocional, despojándose del rol de víctima, el infractor debe recorrer otro camino similar.

Si queremos que los delincuentes se puedan quitar el “estigma de serlo”, deben emprender el camino hacia su transformación, reconocimiento de lo malo que hicieron en el pasado, y la opción que tendrán de construir un futuro alejado del delito y en este camino, el equilibrio en los muchos sentimientos contradictorios que se generan en ellos, como el de vergüenza y culpabilidad es esencial.

5. Las víctimas en proceso penal tradicional.

La víctima en la justicia actual es un mero testigo⁶⁷⁵, en un proceso que la afecta tan directamente como es el delito.

⁶⁷³ Es importante entender como trabajar con los infractores la responsabilización no en el sentido de adoctrinarlos sino ayudándolos a que ellos mismos lleguen a sus propias conclusiones acerca de cómo deben actuar, a este respecto véase Marsh, B. (2011) “*Narrating desistance: identity change and 12 step script*”. *Iris Probation Journal*, 8, pp. 49-68.

⁶⁷⁴ Al final víctima e infractor están más unidos que nunca, se trata de que ambos puedan superar su rol y continuar su vida, para eso es esencial el respeto, Zehr, H. (1998) “*Justice as restoration, Justice as respect*”. *The Justice Professional*, 11, pp.71-87.

⁶⁷⁵ Beristain, A. (2007) “*¿Evolucionamos hacia las antípodas del derecho penal y la criminología? ¿Evolucionamos hacia "la justicia victimal"?*”. *Jurídica: Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad*. Nº. 37, p.22 y ss.

Desde el momento que denuncian todo es gestionado por profesionales. El estado se “apropia” del delito⁶⁷⁶ y se erige en víctima (porque se ha vulnerado una norma creada por él). Muchas víctimas se sienten como un “cebo” que utiliza el sistema para poder condenar al infractor. No tienen voz en el proceso⁶⁷⁷ ni pueden hablar ni expresar qué sienten o necesitan para sentirse reparadas o compensadas del daño que han sufrido. Otro problema que existe con la justicia tradicional es que su lenguaje no es cercano a las personas, resulta en muchas ocasiones incomprensible, lo cual, genera más tensión en las víctimas.

La mayoría de los delitos son estresantes, lo cual genera sentimiento de vulnerabilidad, enfado, desconfianza, vergüenza o autculpabilidad y además el sistema de justicia tradicional falla porque trata todas las ofensas de la misma manera, a pesar del diferente impacto que causan en las distintas víctimas.

Como vamos a analizar a continuación la víctima tiene una serie de necesidades, que en pocas ocasiones son atendidas por el proceso penal tradicional y que en cambio la justicia restaurativa suele abordar de una manera más satisfactoria. Posteriormente, retomaremos la idea de si es posible un derecho penal que aborde estas necesidades desde un enfoque meramente restaurativo y en el que los procesos restaurativos (consistentes generalmente en encuentros directos o indirectos) sean una posibilidad más, dentro de las diferentes opciones que se pueden dar a las personas para abordar el impacto del delito y sus consecuencias. Esta posibilidad de enfoque restaurativo empieza a ser una realidad tras la aprobación del Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito que ya hemos analizado con anterioridad y que ha marcado un hito ya que a víctima empieza a recuperar más participación dentro del proceso penal.⁶⁷⁸

⁶⁷⁶ Christie, N. (1992) “*Los conflictos como pertenencia: de los delitos y las víctimas*”, Buenos Aires, Ad-Hoc, este autor del que ya hemos hablado desarrolla diversas consideraciones sobre el proceso de exclusión de la víctima que genera el derecho penal.

⁶⁷⁷ A este respecto es interesante la obra de Bueno Arús, F. (1994) “*La posición de la víctima en el moderno sistema penal*”. Boletim da Faculdade de Direito: Universidade de Coimbra, V. 70, p.p. 369-387.

⁶⁷⁸ En este sentido, Agudo Fernández, E., Jaén Vallejo, M., & Perrino Pérez, Á. L. (2016). “*La víctima en la justicia penal (El Estatuto jurídico de la víctima del delito)*”. Madrid: Dykinson S.L. pp. 13 refieren que: “La víctima ya no es esa persona olvidada, relegada a la condición de objeto neutro, pasivo, anónimo, del suceso delictivo, que sólo inspiraba compasión, como lo denunciaba García Pablos en su Manual de Criminología, reivindicando este autor que se llevara a cabo una redefinición del rol de la víctima, tanto en el marco del derecho penal material y procesal como en el de otras disciplinas, pues un Estado que se define como social y democrático de Derecho “no puede seguir ignorando a la víctima inocente del delito”, sino reconocerla como una persona que ha sido lesionada en sus derechos y merece ser protegida. Como dice la Directiva 2012/29/UE, la víctima debe ser tratada de manera respetuosa, sensible y profesional, sin discriminación alguna, amparándola “frente a la victimización secundaria y reiterada, así como frente a la intimidación y las represalias”, debiendo además “recibir apoyo adecuado para facilitar su recuperación y contar con un acceso suficiente a la justicia”.

La participación de la víctima en el proceso penal se encuentra recogida de forma expresa en el artículo 11 de la mencionada ley, lo que viene a mitigar el tradicional olvido de las directamente afectadas por el delito. Esta participación es tal que ha sido muy debatida en algunos aspectos como el papel preponderante que se le da en ejecución penal⁶⁷⁹, en este sentido el artículo 13 posibilita algunos mecanismos de participación de la víctima para impugnar ante los órganos jurisdiccionales “determinadas resoluciones que afecten al régimen de cumplimiento de condena cuando se trate de delitos de carácter especialmente grave”.

Para que esta participación pueda darse es necesario que la víctima haya solicitado que se le notifiquen las resoluciones susceptibles de impugnación. (art. 5.1m de la mencionada ley) y esto incluso aunque no hubiera sido parte en la causa y no tenga abogado. Fue algo muy debatido porque se ha venido afirmando que la víctima puede ser muy punitiva y obstaculizar el proceso de reinserción al oponerse de manera reiterada a determinados beneficios penitenciarios que pudiera obtener el infractor.

En este sentido Nistal Burón⁶⁸⁰ comenta que” la participación de la víctima en la ejecución de la pena en nada interfiere ni compromete el principio resocializador previsto en el artículo 25 de la CE ni en la facultad de castigar como competencia exclusiva del Estado”. Como argumento a favor de estas críticas se ha hablado de que esta participación de la víctima podría suponer el aumento de denegaciones de beneficios penitenciarios así como que endurecería las condiciones de su concesión, repercutiendo en los fines de la pena previstos en el artículo 25 CE. Sin embargo, compartimos la opinión de autores como Nistal Burón al afirmar que esta participación de la víctima puede suponer una mejor responsabilización del ofensor por el delito cometido.⁶⁸¹

En todo caso, este artículo 13 fue incluso criticado por el Consejo General del Poder Judicial por considerarse en la línea de lo expuesto contrario a la reinserción. A nuestro

⁶⁷⁹ Gómez Colomer, J. L. (2015) ” *Estatuto jurídico de la víctima del delito* ”. Navarra: Aranzadi pp.350 y ss.

⁶⁸⁰ Nistal Burón, J. (2015) ” *La participación de la víctima en la ejecución penal.: su posible incidencia en el objetivo resocializador del victimario.*” Diario La Ley, nº 8555, pp. 1-9.

⁶⁸¹ Renart García, F. (2015) ” *La intervención de la víctima en la ejecución de la pena de prisión en España* ”, en Revista de Derecho Penal nº 52, p. 77.

parecer se trata de posibilitar que la víctima pueda participar y que estos cauces favorezcan que el penado vea el impacto de sus acciones y quiera reparar el daño.

En todo caso, en general, y como vamos a examinar a continuación las víctimas tienen una serie de necesidades que el proceso penal no escucha porque precisamente quedaba fuera de él, con esta norma se está dando la oportunidad de participar lo cual no implica que después de la sentencia muchas de ellas quieran seguir informadas (por tanto también ponemos en duda su eficacia práctica al menos de forma cuantitativa). Y en todo caso, como dice la exposición de motivos, la decisión última es del órgano judicial.

6. Beneficios de los procesos restaurativos para las víctimas y cómo se abordan sus necesidades de una manera más eficaz.

La concepción retributiva ha distanciado al infractor de la víctima, poniendo a esta última como un simple sujeto pasivo dentro de la comunidad. Como dice García-Pablos⁶⁸² “la víctima debe de ser redescubierta. Ser descubierta como parte fundamental junto al infractor y a los operadores jurídicos y colaborando con la efectividad del sistema de justicia penal” (p.309 y ss.). Howard Zehr,⁶⁸³ entiende que la justicia restaurativa significa sobre todo y por encima de todo trabajar con las víctimas.

Y en ocasiones al tratar con las víctimas, no se encuentran las palabras adecuadas para definir las etapas por las que atraviesan desde el momento en que sufren un delito y cuáles son sus necesidades por eso habla de “viaje”⁶⁸⁴:

- I. Viaje al entendimiento
- II. Viaje al honor
- III. Viaje reivindicativo

⁶⁸² García-Pablos de Molina, A. (1993) “*El redescubrimiento de la víctima: victimización secundaria y programas de reparación del daño. La denominada victimización terciaria (el penado como víctima en el sistema legal)*” Cuadernos de derecho judicial, pp.309 y ss.

⁶⁸³ Zehr, H. (2014) Conferencia “*principios de la justicia restaurativa*” impartida durante el I Congreso Nacional de mecanismos alternativos para la solución de controversias, celebrado los días 3 y 4 de julio de 2014 en Ciudad Victoria, Tamaulipas (México).

⁶⁸⁴ Esta descripción de las diferentes fases por las que pasa la víctima está inspirada en la conferencia que impartió en 2014 en Ciudad Victoria, y en algunos de sus libros como Zehr, H. (2015) “*Changing lenses: Restorative Justice for Our Times*”. Herald Press; Edición: 25th Anniversary ed.

IV. Viaje hacia la justicia

En la primera y segunda etapa, las víctimas se enfrentan a un proceso psicológico e interno en el que su necesidad primordial es intentar convivir con lo que ha sufrido y poder superarlo.

Se trata de reconstruir la historia, incorporando el delito como una parte más de su vida y trayectoria personal; además se intenta transformar la humillación, que supone sufrir un delito en honor (no es algo deshonroso ser víctima, sino que es un honor poder superar el trauma y salir adelante).

En la tercera etapa, la víctima refleja el proceso interno de las dos anteriores etapas en el mundo exterior a través de sus reivindicaciones. En este momento la víctima necesita saber que una persona (infractor) que es el responsable.

Necesita que desaparezca el desequilibrio de poder entre ambos (víctima e infractor) y que la balanza se equilibre lo más posible.

En la cuarta etapa en la que el delito ha llegado a los tribunales (a la “justicia”) la víctima tiene una serie de necesidades⁶⁸⁵:

A) Seguridad.

Se sienten satisfechas si creen que hay menos posibilidades de que el infractor vuelva a cometer nuevos delitos. Y esto se puede conseguir de una forma más acertada, si el infractor asume su responsabilidad, pero como hemos visto, esto rara vez se fomenta en el sistema penal tradicional, es la justicia restaurativa, la que propicia y ayuda al infractor a esta responsabilización y, por tanto, a mejorar la percepción de seguridad en las víctimas. De hecho, en muchos acuerdos, la mayoría, tras un proceso restaurativo, lo que piden las víctimas, es un compromiso del infractor de no volver a cometer un delito.

B) Información y respuestas.

Las víctimas dicen que una de las mayores frustraciones es la dificultad en encontrar por parte de las autoridades judiciales información sobre la evolución de sus casos. Incluso algunas víctimas afirman que es lo único que desearían conseguir del sistema judicial.

⁶⁸⁵ Muchas de estas necesidades están contempladas en Zehr, H. (2007) “*El pequeño libro de la Justicia Restaurativa*”, Intercourse PA, Good Books, pp.19 y ss.

Hacia la mitad de la instrucción de las causas, la satisfacción de las víctimas empieza a decaer y continua así por la falta de información del progreso y evolución de sus casos⁶⁸⁶. Los procesos de justicia restaurativa, al ser participativos, lo que hacen es precisamente fomentar esta información directa y constante con los afectados por el delito.

C) Que se la cuente la verdad y se la dé el “poder” para tomar parte en un proceso que las afecta tan directamente como es el delito.

Por esto, necesitan participar y ser consultados durante todo el tiempo que dure la tramitación, en general, y como hemos venido reiterando los procesos restaurativos fomentan este empoderamiento.

Muy relacionada con esta necesidad de participación, están las siguientes necesidades:

D) Reconocimiento.

La víctima quiere sentirse parte de la justicia. A través de la participación, restauración emocional y reparación material del daño se la está dando el reconocimiento y el valor que tiene como persona y como víctima, para que así, la experiencia de la victimización se resuelva de una forma satisfactoria. Se la reconoce como digna de consideración.

E) Inclusión.

Una de las quejas de las víctimas es que no se les da espacio para sentirse parte de la justicia. Siempre teniendo claro que no se puede generalizar, ya que como dice Fattah⁶⁸⁷ “la victimización es una experiencia individual, subjetiva y culturalmente relativa.”

Parece que la participación de la víctima en el desarrollo de su proceso las asiste tanto en su recuperación emocional, como en la reducción de la sensación de alienación que surge de creer que no tienen control ni reconocimiento en un hecho que la ha afectado tan directamente como es el delito. Respecto de la participación de la víctima como algo esencial, autores como Gallego Sánchez⁶⁸⁸ dicen que “el verdadero acceso a la justicia que constituye una primera línea de defensa de los derechos humanos exige asegurar a la víctima el conocimiento del iter seguido por la causa penal”.

⁶⁸⁶ Sobre la falta de participación de la víctima en el proceso penal hemos hablado de autores como García-Pablos y Beristain, a este respecto destaca Beristain Ipiña, A. (2004) “*Protagonismo de las víctimas de hoy y mañana. (Evolución en el campo jurídico penal, prisional y ético)*” Valencia, Tirant lo Blanch, pp.33-39.

⁶⁸⁷ Fattah, E. A. (1992) “*Towards a Critical Victimology*”. London: Macmillan. New York: St. Martins Press, pp. 50 y ss.

⁶⁸⁸ Gallego Sánchez, G. (2014) “*Proyecto de Ley del Estatuto de la víctima del delito, su participación en el proceso penal*” en Revista de Jurisprudencia El Derecho, nº 2, p. 25.

Es evidente que la información e inclusión de las víctimas durante todo el proceso penal es una necesidad y expectativa de la mayoría de ellas que tiene su amparo legal en la normativa vigente tanto a nivel nacional como internacional que viene a promover y garantizar precisamente una serie de derechos de las víctimas encaminados a hacer efectiva esta participación .

F) Restauración emocional y disculpas.

Más allá del calculable daño material causado a la víctima de un delito, hay daños y pérdidas emocionales⁶⁸⁹ y psicológicas que han sido ignorados sistemáticamente por el sistema de justicia tradicional y es necesario corregir si queremos que la experiencia de la victimización se resuelva de forma satisfactoria.

Mientras que el sistema tradicional de justicia suele hacer básicamente referencia al daño y sufrimiento experimentado por la víctima y en ciertos casos sentencias con condenas económicas son adoptadas para compensar este daño, las propias víctimas dicen que el daño moral es sanado solo por un acto de reparación emocional⁶⁹⁰. Las pruebas⁶⁹¹ como ya hemos comentado, sugieren que para las víctimas es prioritaria la reconciliación emocional antes que la reparación material o económica.

G) Reparación material.

Cuando las víctimas experimentan un daño material, generalmente quieren reparación material.⁶⁹² Las víctimas prefieren que esta reparación provenga directamente del infractor. La falta de correlación entre las sanciones pecuniarias y la restitución económica sigue siendo una fuente de descontento de las víctimas.

H) Respeto y equidad.

⁶⁸⁹ Beristain, A. (2012) “*Sanciones Re personalizadoras en el derecho penal de mañana*”. Revista de derecho Penal y Criminología, ISSN 0034-7914, N°. 9, pp. 295-306.

⁶⁹⁰ Aertsen, I y Peters, T. (1998) “*Mediation and Restorative justice: the victim’s perspective*”. In E. Fattah y T. Peters(eds)” *Support for crime victims in a comparative perspective*”. Leuven: Leuven University Press, pp. 229-251.

⁶⁹¹ Con base a las estadísticas del Servicio de justicia restaurativa de Castilla y León en Burgos que veremos más adelante, desde el 2006 se puede apreciar que la reparación moral y/o simbólica tiene mucho más peso que el material para la mayoría de las víctimas que tomaron parte un proceso restaurativo. <https://sites.google.com/site/justiciarestaurativaamepax/memorias-del-servicio-de-mediacion-penal-de-castilla-y-leon-amepax>.

⁶⁹² Daza Bonachela, M.M. (2015) “*Victimología hoy, derecho victimal europeo y español y atención a las víctimas de delitos en España*”. Presentación y Metodología en Eguzkilore. San Sebastián, núm. 29, pp. 243-274.

Las evidencias demuestran que el mayor factor de satisfacción de las víctimas con la sentencia está relacionado con la equidad durante todo el proceso. Las víctimas sólo desean ser consultadas durante el proceso. Puede parecer que la equidad no tiene mucho que ver con posibles necesidades de las víctimas pero lo que se está reivindicando es que se tengan en cuenta cada circunstancia del caso y de las personas afectadas por el delito, a la hora de propiciar la reparación del daño y/o posible castigo a la persona ofensora. La oportunidad de ser escuchadas⁶⁹³ es un aspecto crucial para que las víctimas alcancen un sentimiento de satisfacción con el sistema tradicional de justicia.

Cuando las víctimas han tenido la oportunidad de expresar sus puntos de vista, en el juzgado o ante el fiscal, no han sido tan punitivas o retributivas como se les supone.

Quizá esto esté conectado con haber tenido la oportunidad de conocer al infractor y las circunstancias del crimen. Cuando más conocen acerca de las circunstancias y la complejidad de la vida del infractor, menos punitivos tienden a ser.⁶⁹⁴

Esta necesidad de respeto y equidad es contemplada en la definición que las Naciones Unidas hacen de esta justicia restaurativa: como respuesta evolucionada al crimen que respeta la dignidad y la equidad de cada persona.

De forma clara y evidente, cada una de estas necesidades que las víctimas reclaman cuando sufren un delito y este llega a los tribunales, son satisfechas de una manera más beneficiosa y evidente por la justicia restaurativa⁶⁹⁵, ya que su esencia precisamente radica en abordar estas necesidades de (reparación moral, reconocimiento, respeto, seguridad, participación, empoderamiento...).

7. La inclusión de las partes interesadas secundarias, el papel de la comunidad en la justicia restaurativa.

⁶⁹³ Fattah, E.A. (2014) “*Victimología: pasado, presente y futuro*”. Traducción y notas de María del Mar Daza Bonachela en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (en línea), nº 16-r2, p. r2:1-r2:33.

⁶⁹⁴ Por supuesto, no es una norma general, pero en base a la experiencia de 14 años siendo facilitadora de procesos restaurativos y con las estadísticas ya mencionadas del Servicio de justicia restaurativa además de las de otros servicios podemos indicar que es una tendencia. En este enlace se pueden ver estadísticas similares del servicio de mediación penal del Gobierno vasco. [https://www.justizia.eus/servlet/Satellite?blobcol=urldata&blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadervalue1=filename%3DMemoria del Servicio de Justicia Restaurativa - Penal %282018%29 0.pdf&blobkey=id&blobtable=MungoBlobs&blobwhere=1290511200321&ssbinary=true&miVar=1585509315459](https://www.justizia.eus/servlet/Satellite?blobcol=urldata&blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadervalue1=filename%3DMemoria%20del%20Servicio%20de%20Justicia%20Restaurativa%20-%20Penal%20%282018%29%20.pdf&blobkey=id&blobtable=MungoBlobs&blobwhere=1290511200321&ssbinary=true&miVar=1585509315459).

⁶⁹⁵ Sobre si la justicia restaurativa aborda de mejor manera los teóricos fracasos de la justicia tradicional destaca Walgrave, L. (2004/2010) “*Has Restorative Justice appropriately responded to retribution theory and impulses?*” In H. Zehr y B. Toews (eds) “*Critical issues in Restorative Justice*”, London: Lynne Rienner Publishing, pp. 47-60.

El ser humano, igual que la mayoría de los seres vivos, vive en comunidad. Por eso, todos estamos interconectados y lo que hacemos afecta a los demás, igual que lo que los demás hacen, nos “toca” de forma directa o indirecta en nuestra vida. Las relaciones entre los miembros es un elemento fundamental, ya que todos nosotros estamos condicionados por estas relaciones, incluso antes de nuestro nacimiento⁶⁹⁶.

En la medida en que nuestros padres se han mantenido juntos o se han distanciado, han estado en contacto con otros miembros de la familia y otras variables, todo esto influye en lo que somos o podemos llegar a ser. La relación con los que nos quieren y /o deberían preocuparse por nosotros, también determina nuestro carácter⁶⁹⁷.

Las personas nos basamos en las relaciones y en ocasiones éstas nos pueden afectar también negativamente por el simple hecho de querer ser aceptados o queridos en el grupo. Estas relaciones que podríamos calificar como “dañinas”⁶⁹⁸ pueden repercutir en las relaciones con otras personas ajenas a ese grupo; un ejemplo claro de esto podría ser el joven que, para ser admitido en el círculo de amigos, comete un delito, dañando así su relación (pacífica) con la posible víctima, por adquirir una relación con ese grupo concreto.

Esto tiene que ver como hemos visto con la idea de delito no solo como vulneración de la norma y causación de un daño a una persona sino también con el delito como una violación⁶⁹⁹ de las relaciones entre los miembros de la comunidad. El crimen afecta a la comunidad y resquebraja los lazos existentes entre los miembros.

Todo está en conexión; es más, algunos infractores, especialmente jóvenes, pueden llegar a delinquir, pensando que su relación con el grupo no es buena y que no es aceptado.

Respecto de adolescentes infractores es mucho más importante entender el papel de la comunidad y la familia en la comisión del delito. En este sentido, podemos destacar la teoría del aprendizaje social que fue formulada originariamente por el criminólogo Edwin Sutherland (1947) en la primera mitad del siglo XX. Esta teoría toma como punto de partida el principio de que todo comportamiento es aprendido. En consecuencia,

⁶⁹⁶ Donati, P. (2010) “*Reflexivity after modernity. From the view-point of relational Sociology*”, en *Conversations about Reflexivity*, compilado por Margaret S. Archer, pp. 144-164.

⁶⁹⁷ Con respecto a la importancia de las relaciones, la comunidad como víctima indirecta y los efectos de la justicia restaurativa en las víctimas, véase Achilles, M y Zehr, H. (2001) “*Restorative Justice for crime victims: the promise and the challenge*”. In G. Bazemore y M. Schiff (eds), “*Restorative community Justice: repairing harm and transforming communities*”, Cincinnati: Anderson Publishing, pp. 87-99

⁶⁹⁸ Gilligan, J. (2001) *Preventing violence. Prospect for tomorrow*. Thames & Hudson; p. 120 y ss.

⁶⁹⁹ Definición de delito contemplada por Howard Zehr en determinados libros como Zehr, H. (2007) “*El pequeño libro de la Justicia Restaurativa*”, Intercourse PA, Good Books, p. 32 y ss.

considera que el comportamiento delictivo⁷⁰⁰ también es aprendido, y que los modelos que promueven dicho aprendizaje son los grupos de personas cercanos al individuo (llamados grupos primarios) y los medios de comunicación masiva.

A la inversa, también puede afirmarse que dichos grupos y medios de comunicación podrían fomentar comportamientos prosociales. Lo determinante es que las relaciones sociales son esenciales para los seres humanos y nos pueden influir en sentido positivo o negativo.

Aunque se elaboraron para los adolescentes cobran sentido también en adultos.

El hecho delictivo, de esta manera, lleva al infractor a apartarse de su círculo de apoyo cercano y en ocasiones unirse a otros grupos con sus mismos valores⁷⁰¹, así el delito lo alejará de sus allegados y de su entorno, sufriendo el estigma de ser un delincuente. También el delito afecta a la víctima; convertirse y asumir el rol de víctima puede llevarla a aislarse, no relacionarse con los demás y sentirse incomprendida.

Pero es que el delito también afecta al resto de la comunidad,⁷⁰² ya que perderán parte de su sentimiento de seguridad y de confianza en las personas que le rodean; esto como no podía ser de otra forma, influye en su forma de relacionarse lo que supone una ruptura de los lazos existentes entre los miembros más cercanos de la comunidad donde se cometió el delito. El delito, por eso determina nuestro modo de relacionarnos y repercute en las relaciones de los directamente afectados.

La importancia de las relaciones y de la comunidad y la necesidad de tenerlas en cuenta para la reparación, ha sido abordado por varios autores H. Zehr (2006) & J. Haley (1996) por ejemplo, enfatizan en la restauración del delincuente en términos de su relación con

⁷⁰⁰ Reid, J.B., Patterson, G.R. y Snyder, J. (eds.) (2002) *“Antisocial Behavior in Children and Adolescents: A Developmental Analysis and Model for Intervention”*. Washington, DC: American Psychological Association. En este mismo sentido de la delincuencia como aprendizaje social, destaca la teoría de la asociación diferencial. Akers, R. L. (2006) *“Aplicaciones de los principios del aprendizaje social. Algunos programas de tratamiento y prevención de la delincuencia”*, en Guzmán Dábora et al. (eds.) *Derecho penal y criminología como fundamento de la política criminal*, pp. 1.117-1.138.

⁷⁰¹ Braithwaite, J. (2000) *“Delito, vergüenza y reintegración”*, traducción al castellano de José Deym. Una versión de este artículo fue publicada en inglés como *“Shame and criminal justice”*, *Canadian Journal of Criminology and Criminal Justice*, 42, 3, pp. 281-298, nos habla de las subculturas delictivas y dice: “Las subculturas delictivas neutralizan la vergüenza que de otro modo se experimentaría al transgredir la ley. A menudo las subculturas invierten la vergüenza de tal modo que apuntan a quienes son demasiado “débiles” y acatan la ley y a las autoridades. En la Mafia, por ejemplo, cooperar con quienes representan la ley es muy deshonroso”.

⁷⁰² https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Manual_sobre_programas_de_justicia_restaurativa.pdf (2006). Última consulta 13 de junio de 2019, p. 59 y ss.

las víctimas y la comunidad. Igualmente J. Llewellyn & R. Howse (1998) encuentran la finalidad de la justicia restaurativa, no en la reparación del ofensor a las víctimas, per se, sino en la reparación como mecanismo para el equilibrio de las relaciones sociales truncadas por el hecho dañoso⁷⁰³. Por tanto, para estos es esencial las interconexiones o relaciones humanas.

Claramente la comunidad y cada uno de sus miembros de una u otra manera se ven afectados por el crimen cometido⁷⁰⁴.

Existe una potencialidad inherente a las justicia restaurativa desde una perspectiva relacional que posibilita el fortalecimiento de las relaciones a través de un enfoque holístico, en el que, el binomio ofensor/víctima, delito/sanción o incluso, delito/reparación son sustituidos por intervenciones sociales más amplias en el marco de cadenas de relaciones que permiten la participación de la comunidad en procesos de reflexión, de manera que sea posible “repensar” las relaciones que han podido volverse patológicas y, al mismo tiempo, ser conscientes del potencial morfogenético y de transformación de las sociedades para modificar y hacer más humanas las relaciones.⁷⁰⁵

Dentro de la comunidad podemos hablar de los allegados del infractor, que pueden sufrir con el delito cometido por su familiar y/o amigo, pueden sentirse señalados, estigmatizados por su relación de parentesco con el delincuente. También podemos hablar de los allegados de la víctima, que sienten el daño y el dolor de su familiar, también se genera en ellos sentimientos contradictorios por el infractor y, sin embargo, a veces ven impotentes como la víctima se aísla de ellos, su entorno y se siente incomprendida, esto genera en ellos más sentimientos contradictorios porque no saben cómo tratar a la víctima, y no saben cómo afrontar ellos mismos el impacto que el delito ha tenido también en ellos. Y, por supuesto, también está el resto de la comunidad, que asiste como invitada no querida al crimen cometido y todo lo que ello conlleva, sin saber muy bien si ellos serán

⁷⁰³ Llewellyn, J y Howser R. (1998) “*Restorative Justice: A Conceptual Framework*” (Ottawa: Law Commission of Canadá) pp.33 y ss.

⁷⁰⁴ Existen algunos estudios sobre cómo atender mejor las necesidades de las víctimas, incluida la comunidad; a este respecto destaca Dachy, A y Bolivar, D. (2013) “*Implementing a better response to victims needs*”. Handbook accomplished in the framework of the Project, “*Restorative Justice, urban security and social inclusion: a new european approach*”, Just/2010/Jpen/1601. Financed by Criminal Justice programme EU 2008-2010. Brussels: National Institute of Criminalistics and Criminology.

⁷⁰⁵ Garro-Gil, N. (2017) “*Relational Theory: A Proposal to the Understanding and Resolution of Conflicts in the Educational Institution*”. Estudios sobre educación, n 34, pp 135-154. En este mismo sentido habla Maccold, P. (2000) “*Toward a Holistic Vision of Restorative Juvenile Justice: A Reply to the Maximalist Model*”, Contemporary Justice Review pp. 357- 359.

los próximos en convertirse en víctimas, además de la pérdida del sentimiento de seguridad y confianza, pueden sentir miedo. Cuando la comunidad⁷⁰⁶ se ve afectada por la comisión de un delito si especialmente es grave, en cada uno de los miembros se genera un sentimiento de vulnerabilidad, el mundo ya no es un lugar idílico donde se puede vivir en paz, entonces el mundo que se habían construido se resquebraja.

De ahí, que, con esta forma de abordar el delito, esta justicia favorezca la reintegración⁷⁰⁷ del infractor, de la víctima y de la comunidad, fortaleciendo los lazos de la sociedad.

Se trataría de que tanto víctimas como ofensores eviten la estigmatización de ser considerados víctimas de por vida y delincuentes sin posibilidad de reinserción.⁷⁰⁸

Esta justicia enseña que el conflicto, los problemas como el delito pueden servir para cambiar, para erradicar las relaciones negativas que perturban la paz social y para potenciar las relaciones sanadoras, las guiadas por el respeto y la comprensión; en definitiva, sirve para fortalecer las relaciones inspiradas en los valores restaurativos.

Esta manera de potenciar las relaciones positivas a buen seguro supone también una forma de prevenir nuevos delitos, entre los infractores. Está claro que las relaciones importan y determinan o pueden influir en nuestro comportamiento y nuestra forma de ser, obviamente cuando somos más jóvenes o estamos más vulnerables, esto nos afecta de mayor manera.

La justicia restaurativa es una filosofía que favorece que nuestra forma de relacionarnos se haga de una manera más constructiva y humana⁷⁰⁹ y sus efectos en el ámbito penal son de igual forma positivos y reinsertadores. Por eso, la justicia restaurativa más que programas concretos es una filosofía que en el ámbito penal, crea tras la comisión del delito, un escenario seguro y restaurador donde los afectados puedan encontrar un camino pacífico y más humano, basado en el respeto y la responsabilidad por los actos realizado.

⁷⁰⁶ Boom, A y Kuijpers, K.F. (2012) “*Victims needs as basic human needs. International Review of Victimology*”, 18 (2), pp.155-179.

⁷⁰⁷ Zehr, H. (2007) “*El pequeño libro de la Justicia Restaurativa*”, Intercourse PA, Good Books, pp.35 y ss.

⁷⁰⁸ Sobre como la justicia restaurativa favorece la reintegración y la eliminación de los estigmas hablan muchos autores entre ellos destaca la obra de Maruna, S y LeBel, T. (2009) “*Strengths-based approaches to reentry: extra mileage toward reintegration and destigmatization*”. Japanese Journal of Sociological criminology, 34, pp.58-80.

⁷⁰⁹ Como hemos visto las relaciones son importantes para la justicia restaurativa, lo que en inglés se denomina relationship, muchos autores hablan de la importancia de este aspecto para la justicia restaurativa, de ahí que se trate de fomentar prácticas que incluyen otros miembros de la comunidad como las conferencias, porque precisamente tanto víctima como ofensor no viven aislados y se relacionan con sus personas de apoyo generalmente familia y amigos. A este respecto destaca el trabajo de Wright, M. (1996) “*Justice for Victims and Offenders: A Restorative Response to Crime (Justicia para víctimas y ofensores: una respuesta restaurativa al crimen)*”. Winchester: Waterside Press, pp. 40 y ss.

En todo caso el papel de la comunidad debe ser activo⁷¹⁰ en la medida de las posibilidades y esto se traduce en un efecto positivo que no es otro que el empoderamiento⁷¹¹.

Para satisfacer mejor las necesidades de todos los afectados de una u otra forma por el delito, los procesos restaurativos priman la participación de todos ellos, incluida la comunidad.⁷¹² Las herramientas para aplicar la justicia restaurativa pueden ser, como ya vimos, parcial o totalmente restaurativas, dependiendo si incluyen a todos los afectados por el delito o solo algunos, de esta manera las que son totalmente restaurativas es porque incluye a la comunidad o alguno de sus representantes.

En España, la herramienta más conocida es la mediación penal, que por definición incluye a víctima directa del delito y al infractor pero deja fuera otros afectados por el delito, como los familiares de ambos.

Sin embargo, se ha visto de forma práctica que en ocasiones es conveniente incluir a otros indirectamente afectados como este círculo de apoyo cercano de víctima e infractor, de esta forma el efecto sanador y reintegrador será más eficaz.

Si la sociedad tiene participación⁷¹³ en el proceso de justicia penal, se va a favorecer su empoderamiento, tendremos una comunidad más responsable, que se implica directamente y que verá como el delito y su gestión es cosa de todos, dejarán de ser tan punitivos, verán la realidad de cada caso, de cada víctima e infractor y podrán decidir acerca de cómo abordar el delito y su impacto, de una manera más eficaz y sanadora que pueda ayudar a recomponer los lazos de todos los miembros, porque víctima e infractor también son miembros de ella. También, por eso, podemos hablar de empoderamiento⁷¹⁴ a favor de la sociedad, en su conjunto.

⁷¹⁰ Anderson, K. (1982) “*Community justice centres—alternatives to prosecution*”, en Grabosky, P. (ed.): National Symposium on Victimology—Proceedings, Australian Institute of Criminology. Canberra, Australia, pp. 57–74.

⁷¹¹ Sobre el empoderamiento que se produce tanto en la víctima como la comunidad véase, Aertsen, I, Bolivar, De Mesmaecker, V y Lauwers, N. (2011) “*Restorative Justice and the active victims: exploring the concept of empowerment*”. *Temida*, 14(1), pp.15-19.

⁷¹² Braithwaite, J. (2002) “*Setting Standards for Restorative Justice*”, *British Journal of Criminology* (42) pp. 563-577.

⁷¹³ Ohmer, M. (2007) “*Citizen participación in neighborhood organizations and its relationship to volunteers’ self- and colective efficacy and sense of community*”. *Social Work Research*, 31, pp. 109-120.

⁷¹⁴ Para hablar de empoderamiento como teoría podemos destacar a autores como Paulo Freire y otros como Rappaport, J. (1987) “*Terms of Empowerment/Expemplars of Prevention: Toward a Theory for Community Psychology*”. *American Journal of Community Psychology*, 15, (2), pp. 121-147.

QUINTA PARTE: Retrospectiva del uso de prácticas restaurativas en diferentes lugares del mundo.

1. Introducción.

Las experiencias⁷¹⁵ de justicia restaurativa tanto en adultos como en jóvenes ha ido avanzando de forma pareja pero con diferencias en los distintos países del mundo, así en algunos lugares se realizan procesos restaurativos en delitos graves de forma generalizada y en otros, como España y Portugal, todavía existe la mentalidad de que los procesos restaurativos solo deben ser para delitos leves. Con respecto a estas diferencias podemos

⁷¹⁵ Respecto de leyes sobre justicia restaurativa o referencias a algunas prácticas podemos comentar lo siguiente Nueva Zelanda, en el ámbito de adultos, cuenta con las Secciones 11 y 12 de la Ley de Justicia Criminal de 1985; Austria, que desde la promulgación de la Adenda a la Ley Procesal Criminal de 1999, recoge en su artículo 90, tanto para menores, como para adultos, la mediación; Alemania, que la regula en el artículo 46, 2º del Código de Justicia Criminal, los artículos 153 y 153ª de la Ley Procesal y el artículo 46ª del StGB incorporado en 1994; Bélgica, que a través de la Ley de 10 de febrero de 1994 la introduce en el artículo 216 del Código de Procedimiento Criminal; Francia, que por la Ley de 4 de enero de 1993, la recoge en el 20, Holanda, que la regula en una Ley de 1995; Noruega lo hace en la Sección 1 de la Ley de 1991, reformada ya en varias ocasiones; Finlandia, que la regula en la Sección 15 del Decreto de Acompañamiento del Código Penal; Polonia, que la recoge en su Código Penal y en el Código de Procedimiento Penal, en diversos artículos de forma detallada, y finalmente, República Checa, que cuenta con una Ley de Probation y Mediación de 2001.

Estos países cuentan con una legislación específica en materia de mediación penal en adultos, pero no en justicia restaurativa de forma general. También hemos de destacar que en Nueva Zelanda y algunos lugares de Australia también se contempla de forma generalizada en las leyes el uso de las conferencing y de forma prioritaria en especial para la jurisdicción de menores.

Existen otros países que cuentan con una amplia trayectoria práctica, pero carecen de textos legales que la regulen. Tal es el caso de Canadá, Estados Unidos (en algunos estados ya se va contemplando la justicia restaurativa en especial de apoyo a las víctimas), Italia, Gran Bretaña, Suecia, Ucrania, Rusia, Suiza, Grecia, Japón, y China.

destacar lo siguiente: En **Bélgica**, aceptan todo tipo de casos; es cierto que la herramienta que utilizan es la mediación penal⁷¹⁶, sin embargo, su forma de entenderla sí es congruente con la justicia restaurativa, ya que en principio no se limitan a determinados delitos ni establecen plazos tasados, así que lo normal es que hagan procesos restaurativos de mediación penal, estando el infractor en prisión⁷¹⁷, y mucho tiempo después del delito.

Por tanto, tampoco establecen plazos tasados para que se concluya la mediación penal, aunque utilizan casi en exclusiva esta práctica, su uso es acertado y enmarcado dentro de la filosofía o paradigma que supone esta justicia.

En **Inglaterra**, han ido un paso más allá y utilizan tanto la mediación penal como las conferencias restaurativas. Es cierto que éstas últimas son más aplicadas en jóvenes, pero también lo realizan en adultos. Además, han sabido ver los beneficios de la justicia restaurativa ya que, en principio, la utilizan para cualquier delito, incluidos por ejemplo algunos tan controvertidos como la agresión sexual.⁷¹⁸ Tal y como ya se ha planteado, en lugar de delimitar el uso de la justicia restaurativa según la clase de delito, es conveniente analizar el caso concreto y si se valora positivamente, realizar el proceso restaurativo más adecuado, lo cual implica que no siempre será la mediación penal.

En **Irlanda**, el sistema es muy similar al de Inglaterra, y usan la herramienta restaurativa más adecuada, que en ocasiones será la conferencia⁷¹⁹; su modelo ha sido adaptado por el servicio de justicia restaurativa de Castilla y León en Burgos, y es el que usamos cuando el caso concreto requiere una herramienta restaurativa más inclusiva.

⁷¹⁶ Sobre la mediación penal en Bélgica nos habla Ivo Aertsen, expresidente del foro europeo de justicia restaurativa en Aertsen, I. (2000) "Victim-offender mediation in Belgium". In the European Forum for victim-offender mediation and Restorative Justice (ed.), victim-offender mediation in Europe: making Restorative Justice work. Leuven: Leuven University Press, pp. 153-192.

⁷¹⁷ Aertsen, I. (2005) "Restorative prisons: a contradiction in terms?" In C. Emsley (ed), the persistent prison: problems, images and alternatives. London: Francis Boutle Publishers, pp. 196-213.

⁷¹⁸ En delitos graves supone un esfuerzo complementario de formación del propio facilitador que va a llevar el proceso, véase Keenan, M. (2018) "Notes from the field: training and Restorative Justice work in cases of sexual violence". The International Journal of Restorative Justice, 1 (2) pp. 292-303.

⁷¹⁹ Existen diferentes modelos de conferencias restaurativas, el del Servicio de Castilla y León está inspirado en modelos ingleses mientras que la mayoría de las conferencias siguen el modelo waggawagga elaborado por el australiano, Terry O'Connell, a este respecto destaca Umbreit, M.; Zehr, H. (1996). "Restorative Family Group Conferences: Differing Models and Guidelines for Practice". Federal Probation. Vol. LX, N° 3, p. 28.

En **Costa Rica**⁷²⁰, utilizan lo que ellos llaman reuniones restaurativas, que no es más que el modelo de conferencia⁷²¹ adaptado a la realidad de su país. Es lógico que no haya un modelo ideal puro y cada país lo incorpore de acuerdo con sus circunstancias. Además, me parece muy interesante que lo llamen reunión restaurativa, para así en cada caso, incorporar a más o menos participantes, según sea el delito y, en todo caso, no tener que estar limitados por las rígidas directrices que implica tomar modelos ideales como mediación penal, círculos o conferencias. En esta línea México llama a las conferencias, juntas restaurativas.

En **Australia**, la herramienta que se utiliza como primera opción es las conferencias, tanto para jóvenes como para adultos, el modelo utilizado es que elaboró Terry O'Connell⁷²².

Se puede afirmar que desde la década de los 90, países como en Inglaterra, Finlandia, Republica Checa, Polonia, regularon iniciativas en justicia restaurativa y así se unieron a otros, que ya al comienzo de la década tenían sus leyes como Noruega, Bélgica, Austria y Francia, estas leyes algunas son para el ámbito de menores casi exclusivamente, mientras que otras contemplan también en adultos. Es cierto que, al principio, lo que más se contemplaba en las leyes era la mediación penal. Hoy en día, existen programas de justicia restaurativa, con especial atención a la mediación penal en países como Dinamarca, Holanda, España, Irlanda, Luxemburgo e Italia, así como en países del este europeo como Albania, Bulgaria, Hungría, Rumania y Rusia.

Actualmente países como Noruega, Bélgica, Holanda e Inglaterra están empezando a poner en práctica nuevas herramientas restaurativas como las conferencias.

Esta evolución puede considerarse lógica y así países que llevan tiempo con programas de mediación penal, han dado un paso más dando primacía a dos de los valores de la justicia restaurativa, la inclusión y participación, algo importante porque al incorporar a

⁷²⁰ Página del Poder judicial de Costa Rica, sobre el uso y aplicación de la justicia restaurativa. <https://justiciarestaurativa.poder-judicial.go.cr/> 23/11/2018.

⁷²¹ Como vimos, Costa Rica tiene su propia ley además está avanzando en otras herramientas restaurativas sobre esto, merece la pena destacar la labor de promoción de la justicia restaurativa que hizo la magistrada Doris Arias Madrigal. Así podemos citar Arias Madrigal, D. M. (Coordinadora), Arias Madrigal, X. et.al (2011) “Programa de Justicia Restaurativa en el Poder Judicial”. San José, Costa Rica, p. 6. Recuperado de <http://www.justiciarestaurativa.org/news/justicia%20restaurativa.pdf/view>.

⁷²² O'Connell, T, Watchel, B y Watchel T. (1998)” *Conferencing. Handbook*”. Piper's Press, en esta publicación dedicada por completo a las conferencias restaurativas se explica de forma somera el guion del wagga-wagga.

miembros de la comunidad⁷²³, el resultado puede resultar más satisfactorio para más personas, no sólo para la víctima directa del delito sino también las indirectas.

La conclusión más importante, tanto para menores como adultos, es que teniendo en cuenta los valores y principios de la justicia restaurativa, deberíamos tener la posibilidad de aplicar la herramienta que más convenga para el caso concreto.

Por eso, somos partidarios de llamarlo reunión restaurativa para tener la flexibilidad necesaria y así adecuar la herramienta según circunstancias y necesidades de las personas afectadas.

Pero siempre habrá que tener claro que la justicia restaurativa no es un método alternativo de solución de conflictos, que no es sólo mediación, ni como se ha visto, de las experiencias positivas de otros lugares, no es solo es para delitos leves.

Por último, un aspecto importante es quién deriva los casos y en este caso depende del lugar, por ejemplo en Portugal puede ser el fiscal o las partes las que soliciten que su caso se gestione por un proceso restaurativo. En Australia solo puede ser iniciado el proceso a petición del fiscal. En Inglaterra, incluso puede hacerlo los Servicios Sociales. Lo lógico será que lo pueda derivar un operador jurídico, pero también las víctimas o los infractores. En lugares como Australia, hay proyectos en los que se hace en la propia policía los procesos restaurativos. Y en otros, como Noruega, está contemplado que la policía también pueda seleccionar casos para un proceso restaurativo.

2. Uso de prácticas restaurativas en el ámbito juvenil y adultos en diversos países.⁷²⁴

⁷²³ Se puede entender que son herramientas más conciliadoras porque incluyen a todos los que de alguna manera se vieron afectados por el delito, similar a las aportaciones de García-Pablos, A.(2008) “ *Tratado de Criminología*”, Tirant lo Blanch, Valencia, , pp. 1038 y 1039, en él explica un modelo integrador de respuesta al delito, de diálogo, de reparación del daño causado a la víctima y a la comunidad y de restablecimiento de las relaciones sociales; la característica de este modelo integrador es que procura contemplar los intereses, expectativas y necesidades de todas las partes implicadas en el problema criminal. Esto sin duda tiene mucho que ver con lo que son e implican las prácticas restaurativas más inclusivas como las conferencias.

⁷²⁴ En el punto anterior hemos hecho una introducción para dar una visión general de lo que sucede en diferentes lugares del mundo con el uso de la justicia restaurativa, en este epígrafe vamos a ocuparnos de formas más profunda sobre las diferentes prácticas restaurativas usadas en determinados países que se caracterizan por ser pioneros en la aplicación de estas herramientas.

Las metodologías restaurativas se inspiran en general, en prácticas ancestrales extraídas de pueblos indígenas de Australia, de Nueva Zelanda y Canadá. La primera experiencia como vimos vio la luz en 1974 en Canadá, Ontario, iniciada por un funcionario de quien tiene la idea, tras el vandalismo de varias propiedades causadas por dos jóvenes, de pensar una manera de reparar el daño sufrido por los propietarios. Propone implementar, con el acuerdo del juez, un encuentro entre las partes involucradas, con el fin de generar un diálogo⁷²⁵. Gracias al éxito de la medida, otras experiencias empezaron a desarrollarse. En 1997 el país ya contaba con más de 100 proyectos⁷²⁶.

El incremento de la justicia restaurativa en Canadá proviene del Servicio Correccional de Canadá (2020) – SCC – que propone programas de mediación entre víctima y victimario desde los años 1990 en la región.

El mismo Servicio abre en 1996 una unidad específica que tiene por misión de evaluar las nuevas ideas y prácticas que surgen de la justicia restaurativa y del campo de resolución de conflictos.

Hoy día, los programas de justicia restaurativa están accesibles en todo el país desde que el SCC desarrolló el programa Posibilidades de Justicia Restaurativa (PJR) en 2004, incrementando las capacidades del servicio a proponer mediaciones a nivel nacional. Se creó una “división nacional” de la justicia restaurativa, la cual desarrolla cursos de capacitación, actividades de sensibilización del público y programas de justicia restaurativa tanto en adultos como adolescentes.

El Gobierno de Canadá apoya a la justicia restaurativa, como lo indica en su comunicado de prensa (2020⁷²⁷). Al respecto, el Ministerio de la Justicia de Canadá financia 12 proyectos, incluso en beneficio a la población de pueblos originarios y a favor de los jóvenes. “Cinco millones de dólares están destinados a actividades de investigación, de sensibilización y de educación, incluso la formación para la incrementación de las capacidades y de los proyectos piloto” (2020).

⁷²⁵ Pulido Valero, R. (2008) “¿Es la justicia restaurativa una opción real? análisis comparativo de dos programas de mediación con menores infractores”. Revista de mediación nº1 pp.18.

⁷²⁶ Brenes Quesada, C. (2009) “Una herramienta para la solución al fenómeno de la criminalidad costarricense”. San José: Universidad Fidélitas, pp. 140.

⁷²⁷ Comunicado de prensa del Ministerio de justicia de Canadá de 18 de noviembre de 2020 recuperado de <https://www.canada.ca/fr/ministere-justice/nouvelles/2020/11/le-gouvernement-du-canada-appuie-des-initiatives-de-justice-reparatrice-partout-au-pays-y-compris-celles-qui-soutiennent-les-collectivites-autochto.html>.

Brenes Quesada ⁷²⁸ enuncia los programas propuestos algunos generalmente son destinados a adolescentes y otros pueden realizar con adultos también:

- Programa de resolución restaurativa: Se le impone al ofensor la realización de cursos específicos relacionados con su problemática (alcohólicos anónimos, comportamiento social, etc.).
- Programa de conferencia comunitaria: El objetivo es dejar al joven lejos del proceso penal. Incluye la víctima, la familia, un agente de policía y un mediador o facilitador.
- Círculo de sentencia: Se reúnen en círculo la víctima y el autor, los abogados de ambos, las familias, la comunidad, el juez y el oficial de policía. El objetivo es encontrar la mejor solución al daño causado.

En Quebec, en la práctica, los programas restaurativos existen desde 2001. Rossi, vicepresidente del Centro de servicio de justicia restaurativa canadiense, cuenta mil personas que han sido vinculadas con estas medidas desde su inicio⁷²⁹ (en Weiss, 2017). Respecto a los adolescentes, se cuenta un 70% de ellos que participan en medidas restaurativas en vez de derivarlos al proceso penal tradicional.⁷³⁰

Además, las sanciones deben ser el resultado de una reflexión y propuesta del joven autor del delito y para que tengan sentido deben tener un vínculo con el acto dañoso cometido.⁷³¹

En Nueva Zelanda aparecieron en los años 1980 las conferencias familiares que reúnen familia y amigos tanto de la víctima como del autor, con la presencia de un facilitador.⁷³² Su uso se generalizó en 1990, cuando el sistema de justicia juvenil adoptó la Ley para

⁷²⁸ Brenes Quesada, C. (2009) “*Una herramienta para la solución al fenómeno de la criminalidad costarricense*”. San José: Universidad Fidélitas, pp. 141.

⁷²⁹ Weiss, B. (2017) “*La justice restaurative: créer le dialogue entre criminels et victimes*”. Recuperado desde <https://information.tv5monde.com/info/la-justice-restaurative-creer-le-dialogue-entre-criminels-et-victimes>.

⁷³⁰ Se entiende que la justicia juvenil debiera ser per se restaurativa y, en todo caso, siempre que sea posible evitar el juicio; en adultos para ser una alternativa pero también un complemento. Su uso suele ser más extendido para adolescentes por las propias características de estos y de la justicia juvenil cuyos objetivos como ya vimos tiene más que ver con la reeducación que el castigo.

⁷³¹ Es decir, para que sea restaurativo tiene que tener en cuenta los principios de la justicia restaurativa, esto es, los daños y necesidades, solo de esta forma podrá tener un verdadero enfoque restaurativo.

⁷³² Mabilon, S. (2020) “*La justice restaurative au profit des mineurs - partie I*”. Recuperado desde <https://www.village-justice.com/articles/justice-restaurative-profit-des-mineurs-partie,35608.html>.

Niños y Adolescentes de 1989. Esta ley entiende la importancia de no judicializar los asuntos siempre que sea posible y busca alternativas restaurativas al proceso penal.⁷³³

Un paso más en esta evolución de la justicia restaurativa la dio Terry O'Connell, sargento de la policía australiana, retoma el modelo de conferencias familiares y, con algunos cambios en la metodología, diseña un esquema de preguntas para ser realizadas durante los encuentros entre víctimas, personas ofensoras y sus familias.

Se le conoce como guion de Wagga Wagga, por el lugar en el que fue desarrollado, una población en Nueva Gales del Sur, en Australia.

Estas conferencias a diferencia de las conferencias de grupo familiar incluían a la víctima y su familia y estaban diseñadas tanto para adolescentes como adultos.

Con el nombre de Reunión del Grupo Familiar (también conocido como Reunión de Rendición de Cuentas a la Comunidad)⁷³⁴, este modelo fue difundándose rápidamente en Australia, por las buenas experiencias narradas por las víctimas y otras personas participantes.⁷³⁵

A finales de 1994, comenzó a aplicar Reuniones Restaurativas en Pensilvania (Estados Unidos) y en 1995, se incorporó tanto a Terry como a personal de la policía australiana a las capacitaciones en Estados Unidos para formar personas facilitadoras.⁷³⁶

Entre quienes utilizan el modelo, se encuentra el Reino Unido. Hay diversos programas basados en el desarrollo de las conferencias que O'Connell y Wachtel fueron

⁷³³ Según Masters (2002) los delitos más leves representan el 80% de los casos y la respuesta “puede significar la participación del joven en alguna actividad de su comunidad, la mediación con la víctima o el tener que pagar alguna compensación”. De los 20% que quedan, Masters afirma que la mitad están orientados hacia la realización de una Conferencia de Grupo Familiar. Esta involucra al ofensor, su familia y/u otras personas que le pueden apoyar, como amigos o referentes, y también se le implica a la víctima con sus respectivas personas de apoyo. Lo específico de este encuentro es que tras él, el autor y su familia proponen un plan de que tenga en cuenta las necesidades de las víctimas y contemple el impacto de su delito si este plan es aceptado por las autoridades y el joven cumple con sus compromisos, se acaba el proceso y no se inscriben los antecedentes penales. Los casos en los que no se toma en cuenta las propuestas a raíz de una conferencia de familia son excepcionales y concierne los menores que parecen representar “un grave riesgo para la comunidad” (p.10).

⁷³⁴ Lo característico de este modelo es que no recibe un único nombre sino que al ser una evolución de las conferencias de grupo familiar se ha denominado de esta forma, como conferencias restaurativas, reuniones restaurativas o incluso reunión de rendición de cuentas de la comunidad. En lugares como México se denominan juntas.

⁷³⁵ O'Connell, T. y Wachtel, B. (2010) “*Restorative justice conferencing: Real Justice and the conferencing handbook*”. Bethlehem, PA: International Institute for Restorative Practices, pp.200.

⁷³⁶ O'Connell, Wachtel, Op. Cit.pp, 201 y ss.

perfeccionando. Uno de ellos es el utilizado por la Policía de Surrey, Inglaterra, siendo Mike Ledwidge uno de sus principales exponentes.

En Irlanda del norte cuentan con dos tipos de conferencias restaurativas que han sido desarrolladas para los menores de edad :

- **Diversionsary Youth Conferences**⁷³⁷ : Son conferencias de desjudicialización de jóvenes, introducidas en 2003. Están organizadas por la Agencia de Justicia Juvenil (YJA) y son profesionales capacitados que las implementan. No cuentan como condenas, aunque aparecen en los antecedentes penales.
- **Court-Ordered Youth Conferences**⁷³⁸ : Son el mismo tipo de conferencias pero ordenadas por el tribunal juvenil. Cuentan como sentencia penal y constituyen entonces una condena oficial.

El desarrollo de estas conferencias sigue la misma lógica que las Conferencias de Grupo Familiar de Nueva Zelanda pero con el matiz desarrollado por Terry O`Connell⁷³⁹ ya que involucran al ofensor, la familia y la víctima o un representante. El encuentro permite generalmente una reparación del daño de común acuerdo con todos los afectados por el delito. Aunque la mayoría de las iniciativas y programas comienzan en adolescentes, posteriormente los resultados positivos hacen que se extiendan a adultos.

En Bélgica, desde 1990 se realizan procesos de mediación penal con menores de edad. Unos años más tarde se comenzó mediación con casos penales de adultos. En 1994 se introduce en la ley la “mediación penal”⁷⁴⁰, correspondiente a una alternativa a la justicia penal y limitada a casos de menor gravedad. Los resultados de estas diversas prácticas dan lugar a un proyecto nacional en 1998 y se desarrollan iniciativas para la implementación de medidas restaurativas en el contexto de encierro, lo que se vuelve una

⁷³⁷ Campbell, C, Devlin, R, O`Mahony, D, Doak, J, et al (2005)” *Evaluation of the Northern Ireland Youth Conference Service*” Institute of Criminology and Criminal Justice, School of Law, Queen`s University, Belfast recuperado de <https://restorativejustice.org.uk/sites/default/files/resources/files/Evaluation%20of%20the%20Northern%20Ireland%20Youth%20Conference%20Service.pdf>.

⁷³⁸ O`Connell, T., Wachtel, B., y Wachtel, T. (1999).” *Conferencing Handbook*”. Pipersville, PA: The Piper`s Press.

⁷³⁹ O`Connell, T. (1998) “*From Wagga to Minnesota*”. Paper presented at the First International Conference on Conferencing, Minneapolis, MN, USA.

⁷⁴⁰ Peters, T. (1999)” *Alternativas en el campo judicial*”. Revista de educación social, pp.1-19 recuperado de [file:///C:/Users/virsu/Downloads/144295-Text%20de%20l%20article-411079-1-10-20150702%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/virsu/Downloads/144295-Text%20de%20l%20article-411079-1-10-20150702%20(1).pdf)

posibilidad con la ley del 22 de junio del 2005 que autoriza la mediación en todas las fases del proceso y para cualquier caso.

Con respecto a los menores de edad, se modificó en 2006 la ley del 8 de abril del 1965 relativa a la protección de la juventud, dando más posibilidades de intervención con enfoque restaurativo. Se mencionan en la ley como “oferta restaurativa” y Dehin⁷⁴¹ las clasifica como:

- La mediación penal. Confidencial y organizada por un facilitador, se hace entre el autor y la víctima, con contacto directo o indirecto. Conlleva un acuerdo que se envía al juez como prueba que la mediación fue un éxito.
- La Conferencia restaurativa de Grupo (CRG): reúne también el autor y la víctima pero además integra una tercera persona, representante de la comunidad.

El acuerdo menciona tres compromisos, uno hacia la víctima, uno hacia la comunidad y el último hacia el joven mismo.

Aunque la oferta restaurativa se puede practicar en todas las fases del proceso, el tipo de medida depende de la autoridad que trata el caso; la fiscalía solo puede usar la mediación pero el tribunal puede elegir entre las dos opciones. Son los Servicios de Acciones Restaurativas y Educativas (SARE), que cuentan con 8 sedes, los que se encargan de la implementación de estas medidas (IFJR, 2017).

Además, a partir del 2019 se favorece aún más el recurso a las medidas restaurativas a través del decreto del 18 de enero del 2018 que autoriza las partes a pedir a las autoridades una de estas medidas de manera espontánea.⁷⁴²

En Inglaterra y Gales se modificaron dos leyes que permitieron el desarrollo de la justicia restaurativa. La primera, la Ley del Crimen y del Desorden de 1998, introdujo la reparación “como término clave para todos los jóvenes infractores, tanto los procesados

⁷⁴¹ Dehin, A. (2018) “Justice restauratrice chez les mineurs: peut mieux faire”. Recuperado desde <https://www.alterechos.be/justice-restauratrice-chez-les-mineur-peut-mieux-faire/>.

⁷⁴² Laffineur, J. (2020) “L’expérience de la justice restauratrice dans la justice des mineurs en Belgique”. Recuperado desde <https://www.cbcs.be/L-experience-de-la-justice-restauratrice-dans-la-justice-des-mineurs-en>.

como los amonestados. [...] La reparación debe realizarse directamente a las víctimas del joven o a la comunidad”⁷⁴³.

Los Equipos de Jóvenes Infractores son los que se encargan de entrar en contacto con las víctimas y realizan tanto mediación penal como las Conferencias de Grupo Familiar.

La segunda, la Ley sobre Justicia Juvenil y Evidencia Criminal de 1999, introduce la posibilidad para los jóvenes declarados culpables de someterse al programa siguiente :

- Comité del Joven Infractor: Reúne al autor y su familia, a la víctima y su(s) persona(s) de apoyo, a dos voluntarios de la comunidad y a un asesor del Comité del Joven Infractor. El objetivo es que compartan sobre el delito cometido y el daño sufrido y que lleguen a un acuerdo de reparación.

Muchas de estas medidas se han pasado a aplicar también en adultos y no solo para delitos leves sino también graves de forma similar a como lo contempla Bélgica.

Francia se inspiró en el programa de Quebec y en el 2010 en la Casa central de Poissy allí, algunas víctimas y autores de homicidios se reunieron dos a tres horas semanalmente durante cinco a seis semanas⁷⁴⁴. Esta práctica se oficializó con un cambio en la ley n°2014-896 del 15 de agosto del 2014 que posibilitó desde octubre del mismo año un enfoque más frecuente en las medidas restaurativas. El artículo 10-1 permite, bajo específicas condiciones, que se implementen los encuentros víctima-ofensor en cada fase del proceso y para todos los tipos de caso, pero únicamente para los adultos. Respecto a los menores de edad, Francia no establece en su jurisdicción un acceso a una justicia restaurativa. Pero aunque estos programas restaurativos no les conciernen, es interesante notar que “la justicia penal de los menores es basada en la misma idea de filosofía restaurativa: responsabilización, pedagogía, interacciones...”⁷⁴⁵. De hecho, algunas medidas destinadas a los jóvenes se acercan del concepto restaurativo pero se dan bajo la forma de “curso de ciudadanía”. La modificación de este artículo 10-1 del código penal

⁷⁴³ Masters, G. (2002) “*Reflexiones sobre el Desarrollo Internacional de la Justicia Restaurativa*”. Seminario Adolescentes Infractores, Privación de libertad y Soluciones alternativas. Santiago, pp.12.

⁷⁴⁴ Crémère, M. (2014) “*Justice restauratrice: Une voix trop ignorée*”. Association jeunesse et droit, 334, pp 9-15.

⁷⁴⁵ Mabilon, S. (2020) “*La justice restaurative au profit des mineurs - partie I*”. Recuperado desde <https://www.village-justice.com/articles/justice-restaurative-profit-des-mineurs-partie,35608.html>.

⁷⁴⁶deja un espacio a unas iniciativas experimentales que se desarrollan con la idea de enfrenar el joven a la realidad de sus actos, que muchas veces justifica o no quiere ver.

El “Informe sobre implementación de la ley del 15 de agosto del 2014 relativo a la individualización de las penas y reforzando la eficacia de las sanciones penales” relata 27 experiencias de justicia restaurativa llevadas por la Protección Judicial de la Juventud (PJJ). Se trata de una breve ilustración de los lugares y las prácticas más usadas y que han contribuido en mayor o menor medida a la extensión de su uso por otros países tras las buenas prácticas realizadas, no es un estudio exhaustivo porque realmente el uso de las prácticas comenzó en los años setenta y ha ido progresando hasta nuestros días de una forma muy prolífica.⁷⁴⁷

3. Algunas experiencias prácticas nacionales.

A) Introducción.

Para entender la configuración de la justicia restaurativa en España, hay que hablar de lo que sucedía cuando comenzaron a surgir las primeras iniciativas. En nuestro país en 2004 no se hablaba de la justicia restaurativa⁷⁴⁸. Existía ya la mediación familiar y la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal del menor en su articulado hablaba tímidamente de mediación, y conciliación. Esta ley venía a corroborar, las primeras iniciativas que, en mediación en menores, se empezaron a hacer en Cataluña a finales de los años 90. Como se puede ver, el escenario era de mediación, pero sobre todo familiar y penal, y solo para delitos leves y en la jurisdicción de menores. Asimismo, aunque no propiamente de justicia restaurativa desde 1998 en el ámbito de la mediación

⁷⁴⁶ Es curioso como en la mayoría de los lugares la justicia restaurativa comenzó en jóvenes y los éxitos hizo que se extendieran a adultos y en cambio en Francia la expansión del uso de la justicia restaurativa ha seguido un recorrido inverso.

⁷⁴⁷ Para conocer la cronología del uso de las prácticas restaurativas tanto en adultos como en jóvenes se recomienda el artículo de McCold, P (2013) “*La historia reciente de la justicia restaurativa. Mediación, círculos y conferencias*”, Delito y sociedad, nº 35, pp.9-44.

⁷⁴⁸ Queremos relatar como fue nuestro primer encuentro con la justicia restaurativa y los comienzos para su puesta en práctica y es que en el año 2004 acudimos a la fiscalía de la Comunidad para hablar de esta justicia, el entonces teniente fiscal, dijo desconocer esta posibilidad de hacer justicia, no obstante, nos invitó a realizar un estudio para examinar su posible introducción práctica en nuestro sistema, sin leyes que la ampararan. A este respecto regresamos en el 2005 con un trabajo denominado Justicia restaurativa: de la teoría a la práctica que parcialmente se publicó en 2008 como Justicia restaurativa y mediación penal. Revista de Derecho Penal, Nº. 23, pp. 33-68. Y finalmente el Servicio primero de mediación penal y luego de justicia restaurativa comenzó en el año 2006 con el apoyo del fiscal Superior de la Comunidad y el presidente del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León.

comunitaria la asociación Apoyo de Madrid venía trabajando con drogodependientes, con el importante respaldo del entonces fiscal jefe.

Nada se hablaba de justicia restaurativa, ni tan siquiera se referían a mediación penal, como medio de distinguir esta herramienta, de mediaciones en otros ámbitos (ya hemos visto las diferencias entre mediación y mediación penal). La primera experiencia que desarrolla un trabajo en mediación penal comenzó en 2005 en la jurisdicción penal de adultos, a través de un acuerdo entre la Asociación de Mediación y Pacificación de Conflictos de Madrid y el Servicio de Planificación del Consejo General del Poder Judicial y las Fiscalías de Madrid.

En Burgos llevábamos ya trabajando para poner en marcha un servicio de estas características desde 2004 pero finalmente fue en el 2006⁷⁴⁹ con la llegada del nuevo Fiscal, por aquel entonces, provincial que pudimos comenzar oficialmente el servicio, primero de mediación penal y más tarde de justicia restaurativa, fruto de un acuerdo de colaboración con la Fiscalía Superior de la Comunidad y de Burgos y la asociación Amepax.

En el 2007 se generalizaron las iniciativas avaladas por el Consejo General del Poder Judicial de la misma manera que comenzó la asociación de mediación y pacificación de conflictos. Sin embargo, éstas estaban centradas exclusivamente en la mediación penal que luego extendieron a la mediación en otros ámbitos como el civil, familiar, administrativo y laboral, y pasaron a llamarlo todo mediación intrajudicial. El problema ha sido precisamente que no se ha tratado de realizar un examen exhaustivo de las diferencias entre estas instituciones afines como son la justicia restaurativa y una de sus herramientas la reunión víctima-ofensor o mediación penal con relación a la mediación en otros ámbitos. Esto ha venido generando gran confusión y a fecha de hoy muchas personas siguen confundiendo mediación⁷⁵⁰, mediación penal y justicia restaurativa.

⁷⁴⁹ Las memorias de los primeros años del servicio de mediación penal de Castilla y León en Burgos se pueden consultar en <https://sites.google.com/site/justiciarestaurativaamepax/memorias-del-servicio-de-mediacion-penal-de-castilla-y-leon-amepax>.

Y nuestro compromiso por la promoción de la justicia restaurativa nos ha llevado a realizar sucesivos congresos internacionales sobre justicia restaurativa en concreto V con el apoyo de la Universidad de Burgos, el primero en 2010 fue un congreso pionero por su temática en aquel entonces bastante desconocida y congregó a más de 250 personas en su Aula Magna <https://www.ubu.es/noticias/la-universidad-de-burgos-anfitriona-del-congreso-internacional-de-justicia-restaurativa-y-mediacion-penal>.

⁷⁵⁰ De hecho en su página web, podemos apreciar como en temas se puede ver mediación, y los diferentes servicios de mediación existentes en el territorio español, sin tener en cuenta las características

Y así ha sido la evolución estos años, proyectos de mediación intrajudicial, que no de justicia restaurativa a lo largo del territorio, pero sin grandes apoyos económicos y con una concepción muy limitada, entendiendo que, al ser solo mediación, solo sirve para delitos leves y como forma de agilizar los juzgados. Es la tónica más seguida que además al incluir la limitación de plazos pone en peligro los muchos beneficios de la justicia restaurativa.

En la guía que se elaboró bajo el auspicio del Consejo General del Poder Judicial, llamada “Guía práctica para la mediación intrajudicial”, en su p. 93 se habla de la mediación penal⁷⁵¹, y se relata que esta guía constituye un intento por sintetizar cómo la mediación penal puede aplicarse a pesar de las escasas referencias en nuestras leyes a esta práctica restaurativa u otras.

Sin embargo, se sigue apreciando confusión de conceptos, así por ejemplo se dice en la p. 108 “ANEXO I – Garantías de la justicia restaurativa. Ventajas de la mediación”, parecen entender que justicia restaurativa y mediación son conceptos equivalentes, algo muy alejado de la realidad. También se echa de menos las referencias a la formación específica que debe tener el facilitador (podemos llamarlo mediador) para trabajar en mediación penal que difiere sustancialmente de la mediación en otros ámbitos.⁷⁵²

De momento, además, en la mayoría de los casos, y en virtud de esta concepción limitada de lo que puede ser esta justicia, en general, solo se realiza casi exclusivamente en la fase de instrucción, sin tener en cuenta que, estando el infractor en prisión, también tiene excelentes beneficios para víctimas, victimarios y comunidad. Tan solo hubo un caso en el que se utilizaron encuentros restaurativos entre presos de la banda terrorista ETA y algunas víctimas indirectas.

diferenciadoras que por su ámbito de aplicación y formación de los facilitadores debe tener los facilitadores de justicia restaurativa, <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Presentacion/>.

⁷⁵¹ Guía elaborada en el año 2016 su texto íntegro se puede consultar en la página web del Consejo General del Poder Judicial, recuperado de <file:///C:/Users/virsu/Downloads/20161108%20GU%C3%8DA%20PARA%20LA%20PR%C3%81CTICA%20DE%20LA%20MEDIACION%20INTRAJUDICIAL..pdf>.

⁷⁵² A este respecto, ya hemos hablado, por ejemplo, de cómo el facilitador no es imparcial en los procesos restaurativos, sino que tendría una “parcialidad equilibrada” concepto acuñado por Gustafson, y que parte de la idea diferencial de que en mediación penal u otra práctica restaurativa hay un desequilibrio en origen que no impide el trabajo del mediador, por el contrario, en mediación se suele opinar que cuando hay un desequilibrio grande y evidente no se recomienda la mediación. Gustafson, D. (2018) “*Encountering The Other: victim offender dialogue in serious crime*”, recuperado de https://limo.libis.be/primos-explore/fulldisplay?docid=LIRIAS1996032&context=L&vid=Lirias&search_scope=Lirias&tab=default_tab&lang=en_US&fromSitemap=1

Y en la actualidad se está comenzando programas de justicia restaurativa en los centros penitenciarios ⁷⁵³ y en los centros de inserción social.

B) Servicio de justicia restaurativa de Castilla y León.

A continuación, vamos a hablar del servicio de justicia restaurativa de Castilla y León ⁷⁵⁴ en Burgos, comenzamos por él porque es con el que tenemos más contacto directo. Al principio tuvimos que llamarnos servicio de mediación penal porque por aquel entonces era lo único que se conocía en España, pero gracias a las posteriores reformas legislativas ⁷⁵⁵, pudieron cambiar su nombre y así ser congruentes con la actividad que estaban realizando, basada siempre y en todo caso en la justicia restaurativa. Posteriormente nos incorporamos a las iniciativas que auspiciaba el Consejo General del Poder Judicial y así poder contar dentro de las estadísticas que realizan si bien son sólo de mediación ⁷⁵⁶.

(a) Ideas claves para el servicio de justicia restaurativa de Castilla y León en Burgos-asociación amepax.

Aunque debieran ser aspectos comunes a todos los servicios existentes vamos a relatar las normas legales esenciales en las que nos basamos para realizar nuestra labor. Así la Directiva 2012/29/UE del parlamento europeo y del consejo de 25 de octubre de 2012 ⁷⁵⁷ por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo y define la «justicia reparadora», cualquier proceso que permita a la víctima y al infractor participar activamente, si dan su consentimiento libremente para ello, en la solución de los problemas resultantes de la infracción penal con la ayuda de un tercero

⁷⁵³ De estos programas de justicia restaurativa en los centros penitenciarios nos ocuparemos más tarde ya que fue una propuesta que surgió durante el desarrollo de este trabajo de investigación, que irá como conclusiones para avanzar hacia una total implementación de la justicia restaurativa y que hemos podido poner en marcha a partir del año 2019 con resultados muy interesantes y esperanzadores.

⁷⁵⁴ Página del Servicio de Justicia Restaurativa de Castilla y León, <https://sites.google.com/site/justiciarestaurativaamepax/memorias-del-servicio-de-mediacion-penal-de-castilla-y-leon-amepax> 29/11/2018

⁷⁵⁵ Tras la entrada en vigor de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito que ya contempla de forma expresa la justicia restaurativa nuestro servicio pasó a llamarse de justicia restaurativa y empezamos a utilizar diversas herramientas como las conferencias y ya no sólo la mediación penal.

⁷⁵⁶ Referencia a nuestro Servicio en la página del Consejo General del Poder Judicial, recuperado de <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Servicios-de-Mediacion-Intrajudicial/ch.Mediacion-Penal.formato3/?provincia=09>

⁷⁵⁷ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/TXT/?uri=CELEX%3A32012L0029>

imparcial. Una definición no muy acertada, por cuanto parece referirse exclusivamente a la mediación penal.

Por supuesto que la herramienta más conocida en nuestro entorno es la mediación penal, gracias a esta directiva, ya no se regula exclusivamente la mediación, sino que se hace en sentido amplio, hablando de justicia reparadora o restaurativa.

Las Naciones Unidas ⁷⁵⁸ definen la justicia restaurativa como *una respuesta evolucionada al crimen que respeta la dignidad y equidad de cada persona, construye comprensión y promueve armonía social a través de la sanación de las víctimas, infractores y comunidad.*

Esta es la definición que consideramos esencial para el buen funcionamiento de nuestro servicio y para nuestro actuar de forma más satisfactoria y más adecuada a las necesidades y requerimientos de los casos que nos derivan desde la fiscalía o desde los juzgados.

(b) Momento procesal de aplicación.

Consideramos importante incluir los momentos procesales en los que es posible la intervención del servicio de justicia restaurativa, no es exclusivo de Amepax, pero si es importante a la hora de reflejar el funcionamiento y la experiencia práctica de cualquier servicio como el que estamos tratando en este momento. Cualquier herramienta de la justicia restaurativa, ya sea mediación penal, conferencias o círculos restaurativos, se pueden utilizar en tres momentos:

- **Fase de instrucción (anterior al juicio). Se rige por el principio de presunción de inocencia y se deben cumplir los siguientes requisitos:**
 - El investigado debe de ser consciente del hecho delictivo que ha cometido y sus consecuencias (o al menos debe reconocer en parte el hecho delictivo que ha cometido).

Respecto de esto, habría mucho que concretar, ya que obviamente no vivimos en un mundo ideal y lo normal será que en un primer momento el infractor no reconozca los hechos; es precisamente la labor del facilitador en las reuniones

⁷⁵⁸ Asamblea General de Naciones Unidas (2006) “Manual sobre programas de Justicia restaurativa”, Serie de Manuales sobre Justicia Penal, Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, Viena, pp. 99.

individuales, promover en el infractor su asunción de responsabilidad y sobre todo su voluntad de querer reparar el daño que ocasionó. Sin duda, sería suficiente con que reconozca en parte su participación.

- Cuando se les ofrece participar en el proceso de justicia restaurativa, se les debe informar de la valoración final de la reparación a los efectos de los posibles beneficios jurídicos previstos en el código penal y que corresponde aplicar al juez. El proceso restaurativo no siempre será una alternativa, en ocasiones puede ser un simple complemento del proceso penal tradicional.
- La participación debe de ser voluntaria.

El juez principalmente puede valorar el proceso restaurativo como atenuante de reparación del daño.

- **Fase posterior a la sentencia y previa a la ejecución.**

En este momento procesal el juez valorará el proceso restaurativo para:

- Otorgar la suspensión de una pena privativa de libertad así lo estipula el código penal tras la reforma que entró en vigor en julio de 2015.
- Valorar para otorgar la sustitución de las penas (artículo 88 del código penal).
- **Fase de ejecución (una vez dictada la sentencia y estando en ejecución la misma).**

El juez puede tener en cuenta los procesos restaurativos para:

- Conceder el tercer grado de tratamiento penitenciario (artículo 72.5 LOGP).
- Conceder la libertad condicional (artículo 90 código penal).
- Solicitar el indulto.

Después de la sentencia estando el ofensor ya privado de libertad.⁷⁵⁹

⁷⁵⁹ A este respecto ya se ha avanzado mucho y veremos cómo desde Instituciones Penitenciarias se están apoyando programas de justicia restaurativa dentro de los centros penitenciarios <https://www.businessinsider.es/encuentro-restaurativo-atracador-director-sucursal-robo-807171>.

Respecto del momento procesal podemos decir que el servicio de justicia restaurativa de Castilla y León -Amepax, de momento ha actuado en delitos graves y leves. En delitos, en la fase de instrucción, siendo valorado el acuerdo alcanzado, a través del procedimiento restaurativo como atenuante del artículo 21.5 del código penal. Si el infractor es condenado a pena privativa de libertad, también el fiscal valora la suspensión de la pena.

En delitos leves, si el proceso de justicia restaurativa concluye con éxito, o bien las partes retiran la denuncia (si ello es posible, da lugar al archivo de la causa) o bien se comprometen a no acudir a juicio (dando lugar a una sentencia absolutoria). Lo ideal sería que se llevara a cabo la reforma de la ley de enjuiciamiento criminal⁷⁶⁰, así el fiscal sería el encargado de instruir los asuntos y le correspondería también, la derivación de casos a los servicios de justicia restaurativa. Asimismo, serán los encargados de valorar la introducción del principio de oportunidad, si el asunto es leve y se ha llegado a un acuerdo satisfactorio tanto para la víctima, lo que conllevaría un archivo de la causa. En la actualidad también hemos intervenido en asuntos estando el ofensor privado de libertad con resultados interesantes y que veremos posteriormente.

(c) Protocolo de actuación.⁷⁶¹

Durante estos años desde el 2006, el protocolo de actuación no ha variado sustancialmente, si bien se ha ido adaptando o más bien nos hemos ido adaptando a cada caso, cada persona y sus circunstancias personales. Les debemos ofrecer un trato más cercano e individualizado. Siguiendo modelos como el sistema noruego, siempre tenemos en cuenta las siguientes premisas:

- Se debe molestar lo menos posible a la víctima.
- Creemos en la importancia de evitar la excesiva burocratización ya que precisamente los procesos restaurativos se presentan como una forma de mejorar la atención a los afectados por el delito de forma más flexible e individualizada.

⁷⁶⁰ En este sentido se ha avanzado un paso más puesto que se ha aprobado la ley de enjuiciamiento criminal para recoger esta petición de instrucción del fiscal, <https://elderecho.com/la-fase-de-instruccion-y-el-ministerio-fiscal-en-el-anteproyecto-de-lecrim>.

⁷⁶¹ Nos volvemos a remitir a la página web de amepax donde se pueden encontrar algunas de sus memorias, además otras están publicadas en diferentes medios. <https://sites.google.com/site/justiciarestaurativaamepax/home>.

Para ello, se ofrecen diversas posibilidades, adaptadas a las circunstancias de cada participante, eso sí, siempre teniendo en cuenta las líneas básicas del protocolo de actuación.

Somos contrarios a las frecuentes iniciativas de ciertos operadores jurídicos de uniformizar, burocratizar y llenar los protocolos de rígidas normas, esto no sería sino hacer de los procesos restaurativos una parte más de la justicia penal tradicional, y así se privaría a la justicia restaurativa de sus beneficios. Por eso, a pesar de tener un protocolo básico este no debe ser estricto sino flexible para poder hacer frente a las necesidades de cada víctima.

Siguiendo la línea de investigación, nuestro objetivo es construir esta justicia penal y penitenciaria tradicional con un enfoque restaurativo y no al contrario. Entrando ya de lleno en lo que es el protocolo que utilizamos, hemos de matizar que vamos a exponer el general. El primer paso⁷⁶² es el **CONTACTO**, en el estadio del programa que nos encontramos, se derivan los asuntos por los juzgados a través de la Fiscalía, y de los fiscales que tenemos asignados al programa, además hay dos juzgados⁷⁶³ que colaboran directamente. También algunos abogados y algunas personas acuden directamente a nuestro servicio. Hemos de decir que cada vez más personas nos llaman interesándose por nuestro servicio y solicitando ayuda directamente. Una vez que esto ocurre, se debe localizar a la persona denunciada (generalmente por teléfono, o por carta) para informarla de la posibilidad de participar en un proceso restaurativo.

Si hay voluntad, se pone en conocimiento de la víctima (a esta se la molesta lo menos posible), el hecho que el infractor quiere participar. Generalmente primero empezamos con el infractor; no obstante, analizamos cada caso, porque puede haber circunstancias que determinen la necesidad de empezar por la víctima. Siempre se le pide consultar a los abogados si los tuviere de hecho, nosotros procuramos hablar también con ellos para explicarles en qué consiste el proceso y que va a servirles de argumento para su defensa

⁷⁶² El protocolo del servicio y otros aspectos básicos sobre por ejemplo los acuerdos están recogidos en el libro “*Cuestiones prácticas para la aplicación de la mediación penal*” (2016) coordinado por Vicenta Cervelló Donderís, Tirant Lo Blanch y en el que participamos en el capítulo Servicio de justicia restaurativa de Castilla y León Amepax, pp. 353-377.

⁷⁶³ En la página del Consejo General del Poder Judicial, sección de temas, se puede ver los diferentes órganos judiciales que ofrecen mediación, en el caso de Burgos y mediación penal se pueden observar los dos juzgados que nos derivan a nuestro servicio además de la fiscalía, recuperado de <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Organos-judiciales-que-ofrecen-mediacion/ch.Mediacion-Penal.formato3/?provincia=09>

(en el caso del infractor) y que va a servir para ser reparada (en el caso de la víctima). Una vez se acepta por ambas partes, se tiene una o varias reuniones individuales con cada uno.

Se les explica cómo será el proceso, las ventajas que tiene para ellos y se les reitera que no merma sus derechos procesales.

A la víctima se le comenta que va a ser escuchada, puede ser reparada, y que va a poner rostro a la otra parte, consiguiendo respuestas a muchas preguntas, va a participar de forma principal en un hecho que la afecta tan directamente (el delito) y que también quizá podrá negociar acuerdos satisfactorios, que la permitan cicatrizar sus heridas. Aunque siempre se le ha de dejar claro que lo esencial será que podrá expresarse, y obtener alguna respuesta a sus muchas preguntas, que generalmente se resumen en una muy importante ¿por qué a mí?. **Al infractor** se le explica cómo va a ser confrontado respecto de la aceptación de su responsabilidad, poniéndose en el lugar de la otra parte. Va a aprender a admitir como justa la reparación y verá en ello una prestación socialmente constructiva.

El hecho de participar en un proceso restaurativo y que este concluya con éxito le puede suponer (si se trata de un delito menos grave) una serie de beneficios como la disminución de la pena que se le fuera a imponer, dejándoles claro que eso es tarea del juez y el fiscal.

En estas reuniones individuales, se mantiene una charla con cada uno que concluirá con la firma del documento de consentimiento informado.

En un segundo momento **NEGOCIACION**, se valora por el facilitador la idoneidad de las reuniones conjuntas. Si no es posible o viable se hará un proceso restaurativo indirecto, actuando el facilitador de “puente” entre ambas partes, en este caso la imaginación juega un papel importante para sustituir las reuniones cara a cara, se puede proponer que escriba el infractor una carta a la víctima, que exprese su arrepentimiento a través de otro medio...

Cuando es viable y posible una reunión conjunta se continúa con el protocolo preparando estas reuniones conjuntas. Se deben cuidar todos los detalles (quién empieza, distribución de la sala...). El facilitador debe ofrecer la posibilidad de hablar y expresarse, pero también debe establecer límites y pautas.

En esta primera reunión conjunta, las partes y el facilitador se presentan. Este explica su rol, características de los procesos de justicia restaurativa, y reglas del proceso que son más o menos las siguientes:

- 1) Que es un proceso voluntario y totalmente gratuito.
- 2) Se basa en una total y estricta confidencialidad.
- 3) El facilitador no va a juzgar ni a tomar decisiones, es neutral e imparcial.
- 4) Al garantizar la imparcialidad, se asegura la posibilidad de que todas las partes puedan hablar y expresarse disponiendo del mismo tiempo y de las mismas oportunidades para ello.
- 5) Durante la sesión conjunta, cada parte debe ser respetuosa y no dirigirse palabras malsonantes, interrumpirse ni manifestar conductas agresivas.
- 6) Los acuerdos, si los hay, salen de las partes y el facilitador solo ayuda a mejorar la comunicación y buscar puntos de encuentro.
- 7) Se puede desistir en cualquier momento del procedimiento continuando la vía judicial.
- 8) El facilitador se reserva el derecho a suspender las reuniones ante cualquier conducta no debida de alguna parte, tanto en las sesiones individuales como las conjuntas.
- 9) Se puede dar por finalizado el proceso si se considera que se ha dilatado por una conducta irresponsable de las partes.
- 10) También puede concluir cuando las partes reiteradamente sean incapaces de llegar a acuerdos y el diálogo se revele como ineficaz.
- 11) Los facilitadores vigilarán el cumplimiento de los posibles compromisos que alcancen las partes.

Se les recalca la regla del respeto mutuo. También se aclaran las preguntas que pudieran existir, reafirmando la confidencialidad, neutralidad y voluntariedad.

Esta **fase de negociación está compuesta de varios momentos**⁷⁶⁴:

1-En un primer momento cada parte cuenta su historia. Es decir, cada uno de los actores describe de forma separada cómo vivieron lo que sucedió.

2-En un segundo momento, se identifican hechos y sentimientos. Los actores verbalizan los sentimientos causas y consecuencias del hecho, (miedos y sentimientos hacia la otra persona). El facilitador en este momento rescata los hechos y sentimientos de lo que las partes dicen, buscando que cada uno se ponga en el lugar del otro e identificando las necesidades e intereses de cada uno.

3- En un tercer momento mediante la tormenta de ideas se estimula a las partes a generar opciones.

La tercera fase sería la de ACUERDO. Los procesos restaurativos como la mediación penal pueden concluir con o sin acuerdo. En esta fase se elabora el documento en que consta el acuerdo y plan de reparación. Esto se pone en conocimiento del fiscal. En los delitos, se acude al fiscal con los abogados de las partes y así se tendrá en cuenta el proceso restaurativo y el acuerdo de reparación alcanzado, si hubiere para cambiar la calificación jurídica del delito o bien para elaborar la calificación en base al proceso restaurativo, que ha concluido con éxito.

Si no hay acuerdo se comunica al fiscal, sin explicar las causas o el contenido de la entrevista. Se obtendrán beneficios penitenciarios solo si se trata de un delito menos grave. El acuerdo, como después especificaremos, debe de ser preferentemente por escrito, y siempre animamos a que sea así, pero hemos constatado que muchas personas son reacias a firmar acuerdos por escrito, o simplemente una vez que el asunto se ha solucionado, ya no quieren volver al juzgado para firmar el acuerdo, bien por temas laborales o bien por una cuestión de tiempo y por esto y con el propósito de evitar la excesiva burocratización, antes mencionada y las reiteradas molestias a las partes, el servicio de justicia restaurativa siguiendo el modelo noruego, permite bajo determinadas circunstancias y en determinados casos que el acuerdo sea verbal:

⁷⁶⁴ En general, los procesos restaurativos sean de mediación penal, conferencias o círculos conllevan una serie de etapas, Domingo de la Fuente, V. (2018) “*Fases de los procesos restaurativos*” recuperado de <https://www.lajusticiarestaurativa.com/fases-de-un-proceso-restaurativo>.

- Debe de tratarse de delitos leves, antiguas faltas.
- Ambas partes deben de estar conformes con que el acuerdo sea verbal.
- En este caso, se les informará que tiene el mismo efecto y eficacia que el acuerdo escrito y que el servicio de justicia restaurativa realizará un informe para ratificar el acuerdo verbal.

La siguiente fase es **LA EJECUCIÓN**, la reparación debe al menos empezar antes del juicio oral.

Por último, está el **SEGUIMIENTO**, en este caso el servicio de justicia restaurativa se encarga del seguimiento de la reparación. Esto servirá a la hora de estadísticas, las cuales han demostrado un más que alto porcentaje de cumplimiento de los acuerdos adoptados en un proceso de justicia restaurativa. La explicación sobre el por qué se cumplen los acuerdos más fácilmente tiene que ver con la idea de que son adoptados con el consenso de ambas partes y es más fácil que se cumplan cuando se han comprometido voluntariamente que cuando vienen impuestas por un tercero, ajeno al conflicto. En el caso de los delitos muy leves, el protocolo de actuación es similar, con algún pequeño matiz, dependiendo del tipo. Así mantenemos la forma de contacto, negociación y acuerdos, ambas partes se suelen (generalmente) comprometer a cumplir ciertos acuerdos.

Suelen ser petición de perdón, en muchas ocasiones mutua, un compromiso de no volverse a molestar para lograr una convivencia pacífica... Se puede decir que, en estos supuestos, la mayoría de las reparaciones son de carácter simbólico y/o moral.

Generalmente, no hay ningún tipo de acuerdo de reparación, simplemente con el diálogo que se produce entre el facilitador y las partes individualmente, y la reunión conjunta es suficiente. El hecho de que el proceso de justicia restaurativa haya concluido con éxito, de la misma forma que en los delitos, se comunica al fiscal, porque en estos casos les compete, muy directamente. Ya que, en los delitos leves y graves, llamados privados, perseguibles a instancia de parte, si se retira la denuncia no hay juicio.

Actualmente las estadísticas nos revelan un 30% de delitos graves y un 70% de delitos leves, lo que tristemente desvirtúa el principio de que el derecho penal debe ser la última ratio a la que acudir.

Este principio de intervención mínima viene a corroborar la validez de la mediación no penal sino comunitaria, pues en nuestra opinión los asuntos menos graves no deberían llegar ni a los juzgados ni a la vía penal, y debería resolverse en mediación comunitaria porque no se tratan realmente de conductas delictivas⁷⁶⁵. La justicia restaurativa y sus herramientas como la mediación penal son más eficaces para delitos más serios porque es donde más se puede ayudar a las víctimas a superar el trauma del delito y a lograr la concienciación y responsabilización del infractor por el daño que cometió, por eso su fin primordial nunca debe ser la de agilizar la justicia sino ayudar a las partes más desfavorecidas: las víctimas. Así se contempla también en la Directiva sobre derechos de las víctimas de delitos de 2012 y se reproduce en el Estatuto de la víctima. Actualmente, ya llevamos más de cuatro años realizando otros procesos restaurativos como las conferencias, el protocolo sería igual con la única diferencia que se incluye a otros afectados por el delito: la comunidad.

De esta forma, participan los familiares de ambos en el proceso. Estas conferencias, como hemos visto, son herramientas totalmente restaurativas a diferencia de la mediación penal, precisamente por esta inclusión de los indirectamente tocados por el delito.

(d) Los acuerdos.

Por lo general, suponen unos compromisos del infractor con respecto a la víctima. Pero existen algunos asuntos, en los que el papel de infractor y víctima no están tan definidos y en estos casos el acuerdo puede contener compromisos recíprocos y no necesaria y exclusivamente de reparación sino de comportamientos futuros, modos de actuar en lo sucesivo. En este caso, estamos hablando de delitos leves, especialmente aquellos que son derivados de conflictos de convivencia, parentesco...aquí la figura de víctima e infractor no está bien definida e incluso muchas veces son denunciante y denunciado a la vez.

⁷⁶⁵ Nos referimos específicamente a la multitud de asuntos que recibimos como delitos que finalmente son problemas de convivencia, especialmente entre vecinos. Creemos que si se gestionaran antes de la escalada del conflicto tendrían una solución más satisfactoria que cuando llegan al juzgado en forma de delito.

a) Es importante, **asegurarse de comprobar que todos los detalles estén bien resueltos con cada parte, antes de asumir que se ha llegado a un buen acuerdo.**

b) **Un buen acuerdo debe:**

Resolver el conflicto inmediato (daño causado por el delito, generalmente).

Cubrir todos los temas que se hayan suscitado entre las partes que alcanzaron el acuerdo.

Evitar que sucedan otros conflictos en el futuro (arrancar un compromiso al infractor para que no vuelva a delinquir, como base).

Si verdaderamente queremos ser restaurativos, nuestra meta final, además de lograr un acuerdo que satisfaga a la víctima, también se debe lograr que no se repitan los hechos; así se satisface a la víctima, y a la comunidad (como futura potencial víctima). Se recupera el sentimiento de seguridad perdido tanto por la víctima directa, como por sus familiares, así como la sociedad en general.

Asegurarse de que el acuerdo sea realista y que satisfaga a todas las partes. En este sentido es importante que el acuerdo sea aceptado por el infractor puesto que será éste el que generalmente tendrá que cumplirlo, de forma voluntaria.

Exponer lo que cada parte debe hacer, cuándo y cómo deben hacerlo (especificar: cantidades, fechas y acciones).

Evitar términos no cuantificables como “razonables, frecuentes...” Incluir planes de contingencia si el acuerdo no resulta, si necesita modificarse...”

c) De forma ideal, el **acuerdo debería contener una estructura** como la siguiente:

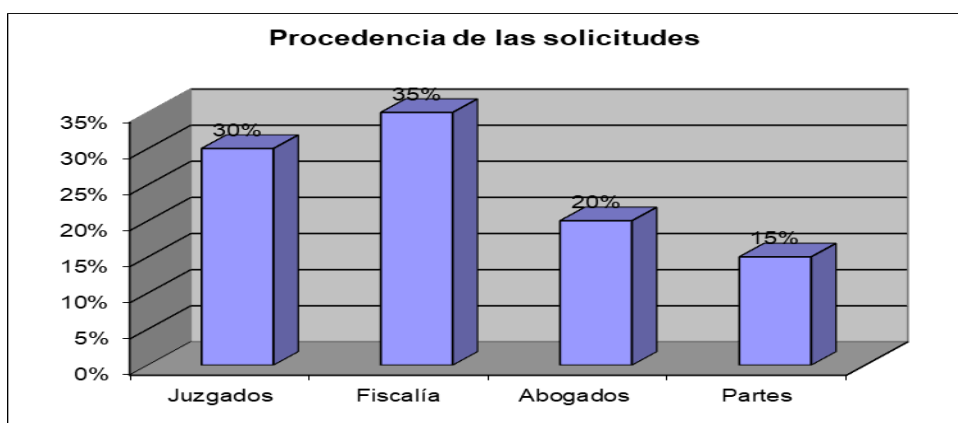
Declaración de principios: Identifica los principios subyacentes que guían a las partes, ayuda a aclarar sus intentos y a reforzar los intereses comunes de las partes.

Desempeño específico: Aclarar las responsabilidades de ambas (solo en casos leves de faltas) o de la parte (infractor). Debe ser tan detallada como sea posible.

Incumplimiento: (Sólo en algunos casos).

- d) **Estos acuerdos una vez redactados (y consultados a sus abogados si tuvieran) serán firmados por las partes y el facilitador (salvo que como he indicado se den las circunstancias para permitir un acuerdo verbal en cuyo caso, el Servicio de justicia restaurativa, redactará un informe para ratificar estos acuerdos verbales).**
- e) **No es preciso, ni aconsejable que en el acta de acuerdos se incluya el reconocimiento explícito de los hechos por parte del infractor⁷⁶⁶, de esta forma no se vulnera el principio de presunción de inocencia ni el de no autoinculpación, así también evitamos que los contrarios a los procesos restaurativos reclamen que estas prácticas vulneran principios constitucionales⁷⁶⁷.**
- f) Nos gustaría decir que para nosotros un buen proceso restaurativo **es aquel que permite la comunicación entre la víctima e infractor, un diálogo que les habilita para sanar sus heridas y continuar con su vida diaria, despojándose de su rol bien de víctima bien de infractor**, sin embargo, para que el trabajo que realizamos pueda tener repercusión práctica es necesario un acuerdo o bien un informe del Servicio, en el que se plasmen de manera tangible estos objetivos. Como resumen se puede decir que deben de ser: **específicos, realistas, claros, simples y equilibrado.**

(e) **Datos estadísticos 2019.**⁷⁶⁸

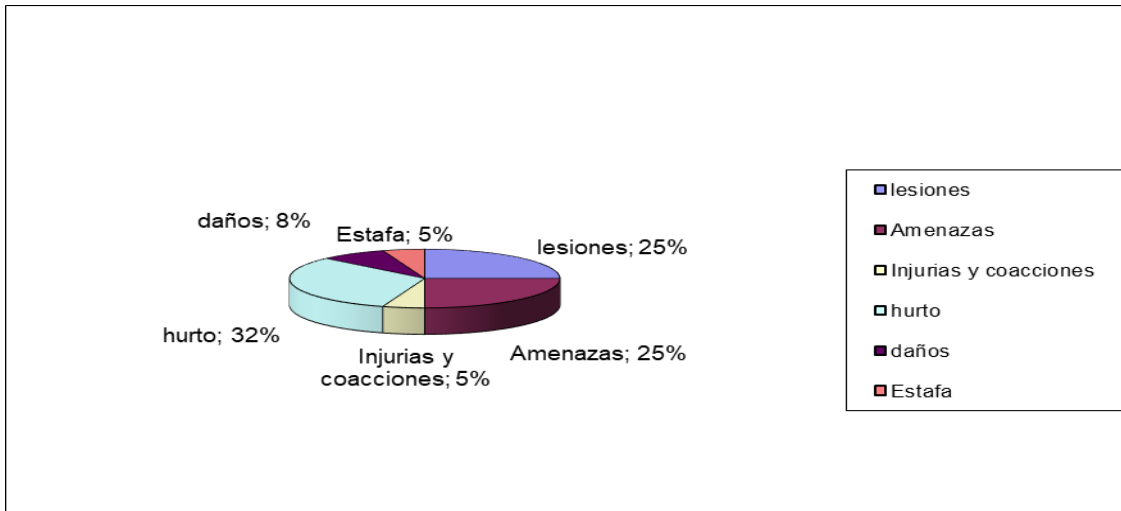


⁷⁶⁶ Tonche, J. y Umaña, C. E. (2017) "Sistema integral de verdad, justicia, reparación y no repetición. Un acuerdo de justicia ¿restaurativa?" Derecho del Estado n.º 38, Universidad Externado de Colombia, pp. 223-241. doi: <https://doi.org/10.18601/01229893.n38.09>

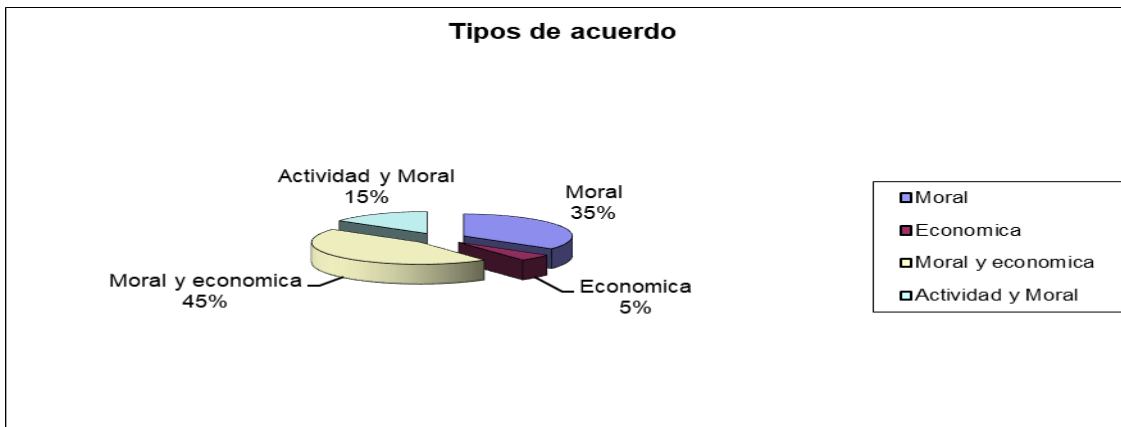
⁷⁶⁷ En este sentido la no inclusión de forma expresa del reconocimiento de los hechos hace que no se pueda considerar vulnerado el artículo 24.2 de nuestro texto constitucional.

⁷⁶⁸ Extraídos de la memoria del servicio de justicia restaurativa de Castilla y León -amepax, año 2019.

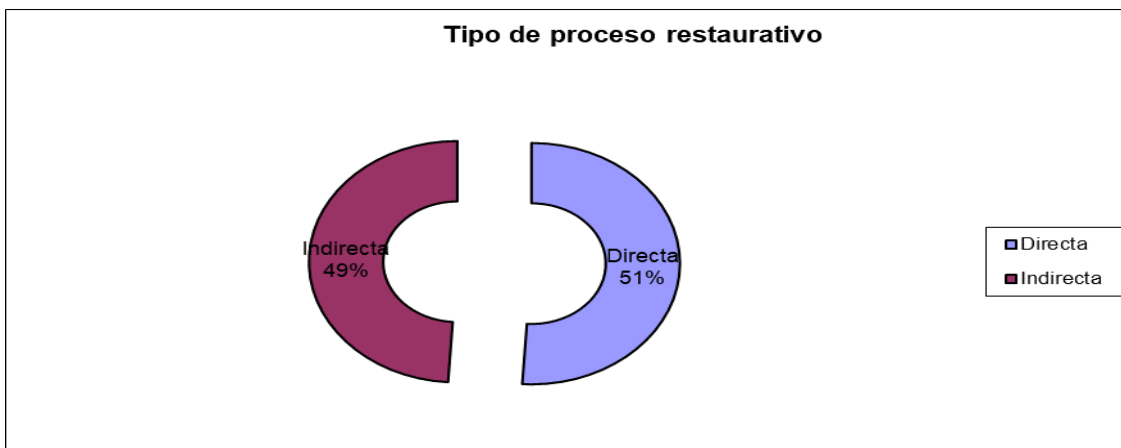
Tipología de infracciones



Tipos de acuerdo



Tipo de proceso restaurativo



RELACIÓN ENTRE VICTIMA (DENUNCIANTE) E INFRACOR (DENUNCIADO)

AMISTAD	1	7%
---------	---	----

FAMILIAR	0	0 %
LABORAL	0	0%
OTRAS (vecindad)	6	40%
NINGUNA	8	53%

EDADES DE LAS PERSONAS ATENDIDAS

TRAMO DE EDADES	N.º PERSONAS	PORCENTAJE
18 a 30	16	33%
31 a 45	29	61%
46 a 60	2	4%
MÁS DE 60	1	2%

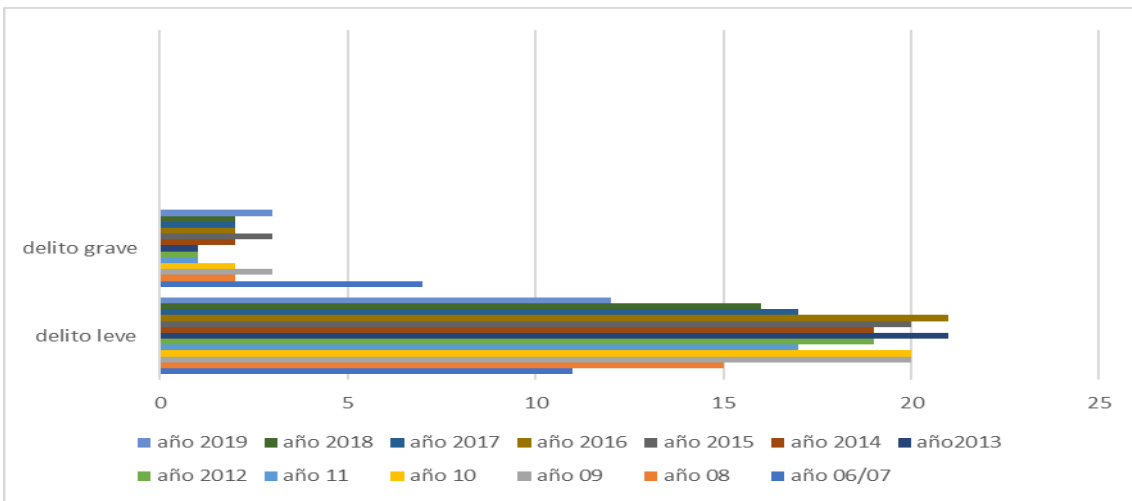
GRADO DE SATISFACCIÓN DE LAS PERSONAS ATENDIDAS, CON RESPECTO A NUESTRO SERVICIO: 51 personas atendidas

Excelente	43 personas	90%
Muy Satisfactorio	5 personas	10%
Satisfactorio	0 personas	

No ha estado mal		
Regular		
Mal		
Muy mal		

(f) Breve introspectiva de los años 2007-2019.

Delito leves y graves por años



	Delitos leves	Delitos graves
Año 2006-2007	11	7
Año 2008	15	2
Año 2009	20	3
Año 2010	20	2
Año 2011	17	1
Año 2012	19	1
Año 2013	21	2

Año 2014	19	3
Año 2015	20	2
Año 2016	21	2
Año 2017	17	2
Año 2018	16	2
Año 2019	12	3

Por tanto, hemos resultado 260 asuntos en trece años de funcionamiento.⁷⁶⁹

De esta enumeración, podemos destacar que, en estos años, hemos atendido una variedad de infracciones, (aunque muchas de ellas son fijas todos los años), lo que demuestra que elaborar un numerus clausus de infracciones que pueden ser susceptibles de un proceso restaurativo es un error, ya que esto dependerá no tanto de la clase sino de las condiciones del caso y las circunstancias de las partes. Y aunque en general, son delitos leves opinamos la necesidad de dar un paso más y comenzar a tratar asuntos de más gravedad⁷⁷⁰ y así llegar a más víctimas. Entendemos que no se puede excluir de estos procesos restaurativos un delito más grave, si la víctima desea participar. Sin embargo, podemos

⁷⁶⁹En cuanto a la clase de infracciones que hemos atendido durante estos años, hemos de decir lo siguiente: Año 2006-2007 Se atendieron mayoritariamente: amenazas, robos y lesiones.

Año 2008 abarcamos principalmente: injurias, incumplimiento de régimen de visitas, amenazas y lesiones

Año 2009, se vieron de forma mayoritarias, lesiones, hurtos e injurias.

Año 2010, atendimos lesiones, amenazas e injurias y coacciones.

Año 2011, se vieron principalmente amenazas y lesiones habiendo un aumento considerable de los hurtos.

Año 2012, sigue predominando las amenazas, lesiones e injurias con bastantes casos de hurtos, sin llegar al número del año anterior.

Año 2013, sigue la línea de predominio de las lesiones junto con las amenazas e injurias y un ligero aumento de los hurtos, aunque no se corresponde con el gran volumen de ellos en los juzgados, esto es sin duda, fruto de la reticencia de los responsables de los centros comerciales a participar en un proceso restaurativo. En el año 2014, siguieron predominando las amenazas, injurias y lesiones y destaca un repunte de los delitos contra la propiedad, especial hurtos y estafas.

En el 2015, sobresalen las amenazas, injurias y los delitos de daños, así como las amenazas y se mantienen casi estables los delitos contra la propiedad como en el 2014 especialmente las estafas y hurtos.

En el 2016, destacan lesiones, hurtos y amenazas. Se ha de destacar el gran aumento de los hurtos, quizá fruto de la situación económica y de la mayor confianza de los comercios y los ciudadanos en el servicio.

En el 2017, mayormente fueron amenazas, hurtos y lesiones, una vez más, muy en la línea de los años anteriores. El 2018 continuó la línea de otros años, destacando los hurtos y las lesiones. En el 2019 aumentamos los delitos graves contra el patrimonio y continúan siendo habitual las lesiones y amenazas.

⁷⁷⁰ En este sentido, hemos avanzado un poco al implementar el programa de justicia restaurativa dentro del centro penitenciario y poder intervenir en delitos de más gravedad; de este programa hablaremos más adelante.

decir que ha sido una constante durante estos diez años nuestra intervención en lesiones, amenazas e injurias, y en los últimos años, hurtos⁷⁷¹.

⁷⁷¹ En cuanto a la clase de acuerdos, durante estos años destacamos lo siguiente:

Año 2006-2007, los acuerdos morales alcanzaron un 73% y moral y económico un 15%, mientras que los económicos fueron de un 10% y de actividad un 2%.

Año 2008, los acuerdos morales disminuyeron a un 65%, moral y económico un 11%, económicos 6% y de actividad un 18%.

Año 2009, los acuerdos morales fueron de un 26%, moral y económico de un 22%, moral y de actividad un 35% y económico un 17%.

Año 2010, acuerdos morales 27%, moral y económico 22%, actividad y moral un 37% y económico un 11%.

Año 2011, acuerdos morales un 24%, moral y económico 42%, actividad y moral 28% y económico un 6%.

Año 2012, los acuerdos morales 20%, moral y económico 40%, moral y actividad 38% y económico 2%.

Año 2013, los acuerdos morales 23%, actividad y moral 59%, económica 3% y moral y económica un 15%

Año 2014, los acuerdos morales 24%, moral y económico 26%, económico un 2% y moral y de actividad 48%.

Año 2015 los acuerdos morales 13%, moral y económico 42%, económico 7% y moral y de actividad 38%.

Año 2016 los acuerdos morales 11%, moral y económico 39%, económico 8% y moral y de actividad 42%.

Año 2017, los acuerdos morales 13%, moral y económico 39%, económico 8% y moral y de actividad un 40%.

Año 2018, los acuerdos morales subieron a un 25%, moral y económico 40% y actividad y moral un 30%, quedando reducidos los acuerdos económicos a un 5%.

Año 2019, los acuerdos morales son 35% y los morales y económicos son 45% siendo los acuerdos mayoritarios y siguiendo la línea y evolución ascendente de los últimos años.

Los dos primeros años los acuerdos de tipo moral como por ejemplo petición de disculpas, ocupaban el mayor porcentaje de acuerdo.

En el 2009 y 2010 vimos una evolución y la mayoría de los acuerdos eran morales, y/o morales y de actividad, ya que las víctimas además de la petición de disculpas deseaban sentirse seguras, este sentimiento de seguridad se transmite en acuerdos de no volver a delinquir, no volver a acudir a determinados lugares...es decir además de un arrepentimiento, desean que los infractores se comprometieran a realizar una actividad reparatoria ya sea de carácter simbólico o de carácter material. En el año 2009 hubo un repunte de los acuerdos económicos, y económicos y morales, esto fue debido a que de forma mayoritaria intervinimos en lesiones, éstas generan una responsabilidad civil que hay que satisfacer a las víctimas.

En el año 2010, el número de asuntos de lesiones disminuyó y de esta forma lo hizo también los acuerdos de carácter económico.

En el 2011 los acuerdos morales y /o de actividad ocuparon un 52%, y también creció los morales y económicos, lo que significa que además de la compensación económica, las personas valoraron la moral, como por ejemplo que el infractor se comprometiera a no volver a delinquir.

En el 2012, siguió la tendencia a aumentar la reparación moral y/o de actividad con un 58%, también aumenta la económica y moral, destacando una disminución de la reparación exclusivamente económica, lo que demuestra que las víctimas, no valoran solamente una reparación económica, sino que desean algo más de parte del infractor, sobre todo algo que las haga sentirse de nuevo seguras. En el 2013, destacó la reparación de tipo moral y de actividad, con más de la mitad un 59%.

En este año sigue destacando la reparación moral y de actividad con un 48% y es que es que las víctimas necesitan recuperar este sentimiento de seguridad del que hemos hablado y, asimismo, piensan en los demás, en qué nadie sufra lo que ellas han sufrido, la reparación con matices económicos disminuye considerablemente a un 2%, y un 26% la económica y moral, esto es debido a que han aumentado los delitos contra la propiedad pero, aun así, las víctimas valoran mucho más la reparación simbólica, moral y psicológica, y no se conforman con una simple reparación material o económica. En 2015 destacó la reparación moral y económica y moral y de actividad.

En 2016, se mantuvo la tendencia del año anterior y un 81% de las reparaciones son morales y de actividad y morales y económicas.

En 2017, se ha seguido la línea de los últimos años y destacan las reparaciones morales y de actividad y morales y económicas, con un 79%. Las reparaciones económicas, se mantienen en un 8%, igual que el año anterior, y similar al anterior. Por un lado, es normal porque han aumentado los delitos contra el patrimonio como el hurto, pero, por otro lado, lo que indica es que a pesar de que el delito sea contra el patrimonio para las víctimas la reparación debe tener un componente moral y/o psicológico y no solo material.

Esto sin duda, fue por la necesidad de empezar el servicio poco a poco, generando confianza y con asuntos más leves, como hemos dicho consideramos que estamos preparados para afrontar delitos más graves y sobre todo ahora que tenemos un apoyo legal en el Estatuto de la víctima.

La conclusión principal a esta estadística es que la mayoría de las víctimas tienen una serie de necesidades no pecuniarias, para sentirse reparadas necesitan superar el delito, algunas solo quieren ser escuchadas, desahogarse y obtener respuestas, otras desean recibir una disculpa por parte del infractor y que el denunciante realice un compromiso serio de no volver a delinquir o a realizar la conducta contraria a derecho, lo que indica que se piensa en los otros miembros de la comunidad, y no se quiere que nadie sufra lo que ellas han sufrido, por eso, la mayoría opta por una reparación moral solamente y/o moral y de actividad.

El repunte de delitos contra el patrimonio hace que suban un poco los acuerdos económicos, pero casi siempre seguidos de un aspecto moral.

C) Servicios de mediación penal y justicia restaurativa en el País Vasco.⁷⁷²

(a) Servicio de justicia restaurativa en adultos.

La mediación intrajudicial es una realidad en Euskadi desde 2007 a través del Servicio de mediación intrajudicial, antes conocido como Servicio de mediación penal. La creación del servicio de justicia restaurativa supone un cambio en profundidad de la naturaleza del sistema desarrollado hasta la fecha, al nacer con la finalidad de desarrollar otras herramientas restaurativas que permitan la participación en el diálogo restaurativo de la comunidad y del entorno de las personas implicadas en el conflicto.

Este servicio nace por tanto con una vocación de cooperación en el ámbito intrajudicial, pero también con la finalidad de potenciar y profundizar en dinámicas que contribuyan a la paz social. Las actuaciones de este servicio se centran en tres áreas: la social, la psicológica y la legal. De modo que los equipos de trabajo de los SJR están formados por

La tónica de los años 2018 y 2019 ha sido muy similar con una constante y es la intervención del servicio en delitos contra el patrimonio.

⁷⁷² Esta información está en la página web del gobierno vasco, en concreto ha sido recuperada de <https://www.justizia.eus/justicia-restaurativa/texto?idTexto=1290177197667>.

trabajadores/a sociales, psicólogos/a y abogados/a. Para que se pueda dar un proceso restaurativo, en primer lugar, el juez o jueza pertinente debe derivar el caso al servicio de justicia restaurativa. Después, los facilitadores se encargan de hablar con cada una de las partes para explicarles en qué consiste este proceso y, si ambas aceptan, se celebra ya una primera entrevista por separado.

Podemos observar de esta introducción que su forma de trabajar no difiere sustancialmente de otros servicios como el que hemos analizado de Burgos.

También comenzaron siendo de mediación y hace un año cambiaron su nombre al de justicia restaurativa siguiendo lo que habían hecho otros servicios como el de Burgos ya en el 2015.

Respecto de las estadísticas, hemos consultado la memoria del año 2018⁷⁷³ y vemos que aún contabilizaban solo como práctica restaurativa la mediación y sus resultados fueron los siguientes:

casos cerrados: 416

con mediación 176 con acuerdo: 141 sin acuerdo 35.

sin mediación 240.

La memoria del año 2019 nos habla del avance que han querido dar hacia prácticas restaurativas diferentes a la reunión víctima-ofensor.

De esta manera los datos según la mencionada memoria del año 2019⁷⁷⁴ serían:

Pendientes al final: 115

⁷⁷³ Para un análisis más exhaustivo se puede consultar la memoria del servicio del País Vasco del año 2018 en el ámbito penal, recuperada de https://www.justizia.eus/servlet/Satellite?blobcol=urldata&blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadervalue1=filename%3DMemoria_del_Servicio_de_Justicia_Restaurativa_-_Penal_%282018%29_0.pdf&blobkey=id&blobtable=MungoBlobs&blobwhere=1290511200321&ssbinary=true&miVar=1586166222603.

⁷⁷⁴ Recuperada de https://www.justizia.eus/servlet/Satellite?blobcol=urldata&blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadervalue1=filename%3DMemoria_del_Servicio_de_Justicia_Restaurativa_-_Penal_%282019%29.pdf&blobkey=id&blobtable=MungoBlobs&blobwhere=1290511443324&ssbinary=true.

sin iniciar proceso restaurativo:	59
círculos:	1
en proceso restaurativo:	56
conferencias	0
mediación	55

Respecto de las derivaciones, la mayoría provienen de los órganos judiciales pero debemos destacar que igual que en el servicio de Burgos se permite la derivación por la fiscalía, la defensa o el abogado de la acusación, así como del servicio de asistencia a la víctima.⁷⁷⁵

Las memorias de años anteriores desde el 2010 están disponibles en la web del gobierno vasco⁷⁷⁶.

Respecto de las tipologías destacan las menos graves y leves (igual que sucede en el servicio de justicia restaurativa de Burgos).

Graves	Menos graves	Leves
15	232	1.368
TOTAL ⁷⁷⁷	1615	

Respecto de los efectos penológicos en la mencionada memoria⁷⁷⁸ se comenta: “ el resultado penológico de los delitos leves con arreglo a la regulación vigente es el de ausencia de sanción penal, si bien su plasmación formal varía (auto de sobreseimiento /

⁷⁷⁵ En la mencionada memoria se nos dice: “Conforme al protocolo de funcionamiento vigente del SJR, la iniciativa en la derivación puede proceder del propio órgano judicial, de la fiscalía o de las partes, sin perjuicio de la responsabilidad última del órgano judicial de acordar o no dicha derivación, conforme a la regulación vigente y a su propio criterio. A partir de la entrada en vigor de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima y, más concretamente del reglamento que lo desarrolla (RD 1109/15, de 11 de diciembre), los Servicios de Asistencia a las Víctimas podrán también proponer al órgano judicial la aplicación al Servicio de Justicia Restaurativa cuando lo considere beneficioso para la persona victimizada”. Matizamos que en Burgos no contamos con una Oficina de asistencia a la víctima como lo estableció el Estatuto de la víctima a pesar de ser una demanda el propio Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León.

⁷⁷⁶ Se pueden consultar en <https://www.justizia.eus/biblioteca/estadisticas-y-memorias-de-anos-anteriores-3>.

⁷⁷⁷ Es importante mencionar y así lo trasladan en la mencionada memoria del año 2019 que no tiene por qué coincidir con el número de causas judiciales derivadas, ya que una misma causa judicial puede englobar varias tipologías delictivas. En cuanto a las tipologías de delitos graves destacan las lesiones, descubrimiento y revelación de secretos, abandono de familia, robo con intimidación, estafa y apropiación indebida.

⁷⁷⁸Recuperado de https://www.justizia.eus/servlet/Satellite?blobcol=urldata&blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadervalue1=filename%3DMemoria_del_Servicio_de_Justicia_Restaurativa_-_Penal_%282019%29.pdf&blobkey=id&blobtable=MungoBlobs&blobwhere=1290511443324&ssbinary=true pp.53 fecha de consulta 15 de febrero de 2021.

archivo o sentencia) en función del tipo de proceso penal en que estuviera encuadrado (causa por delitos leves / diligencias previas versus procedimiento abreviado) y del órgano judicial de enjuiciamiento (juzgado de instrucción versus juzgado de lo penal o audiencia provincial). En relación con los delitos menos graves y graves, si bien el resultado penológico plausible es el de la minoración de la sanción penal aplicable – por la apreciación de la atenuante de reparación del daño– nuestra práctica es diversa, de tal manera que, en función de la fase procesal en que se desarrolle el proceso de restaurativo (instrucción/enjuiciamiento/ejecución) y la valoración que de la reparación efectuada realicen los operadores jurídicos implicados, puede superar ese marco teórico y derivar otros resultados prácticos que abarcan desde la ausencia de sanción penal alguna, a la imposición de sanción sin minoración por la reparación efectuada”.

En el año 2008 se hizo una evaluación externa de los por aquel entonces servicios de mediación penal del Gobierno vasco por parte de Gema Varona⁷⁷⁹, los objetivos básicos eran: “¿Cuál es la eficacia de la justicia restaurativa en relación con el interés de las víctimas en disminuir la revictimación (delincuencia/reincidencia)? Las investigaciones comparadas siguen arrojando resultados esperanzadores, pero no concluyentes.

¿Hasta dónde debe llegar la regulación legal y cómo asegurar el principio de trato igual en su ofrecimiento, incluso sin depender del tipo de infracción penal, aunque sí de la fase y de los efectos procesales en que operaría?.

¿Cómo responder restaurativamente al incumplimiento de un acuerdo restaurativo?.

¿Cómo potenciar las mediaciones en el ámbito penitenciario?...”

Respecto de las conclusiones destaca que en aquel entonces según la autora⁷⁸⁰ : “en términos generales, podemos concluir que los servicios de mediación penal están cumpliendo los objetivos con los que se han comprometido o, al menos, están haciendo todo lo posible para cumplirlos.” Al final del texto realiza una serie de recomendaciones en torno a posibles leyes y así menciona “su simplificación facilitará la flexibilidad

⁷⁷⁹ Varona, G. (2008) “*Justicia restaurativa a través de los servicios de mediación penal en Euskadi. Evaluación externa de su actividad*”, recuperado de <https://www.justizia.eus/servlet/Satellite?blobcol=urldata&blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadervalue1=filename%3Devaluacion-externa-2009-GEMA-VARONA.pdf&blobkey=id&blobtable=MungoBlobs&blobwhere=1290511108440&ssbinary=true> pp.26 fecha de consulta 12 de febrero de 2021.

⁷⁸⁰ Op Cit. Varona, pp. 302 y ss.

inherente a los procesos de mediación, en sí misma valorable como riqueza, pero al mismo tiempo deberá proteger a los ciudadanos de la inseguridad y de la desigualdad, así como garantizar una serie de derechos específicos de la administración de justicia penal en cuya concreción se pueden realizar aportaciones novedosas.⁷⁸¹” A este respecto, como veremos más adelante, consideramos que si tuviéramos una ley podría eliminarse las desigualdades de las que se hace eco la autora, entre unas y otras comunidades autónomas y garantizar la igualdad de acceso a los servicios de justicia restaurativa que menciona el estatuto de la víctima.⁷⁸² Asimismo y como lo menciona debiera respetar la flexibilidad de la justicia restaurativa para poder realizar los procesos restaurativos más adecuados a cada caso y sus circunstancias. Del servicio vasco podemos destacar que está institucionalizado o, al menos, el gobierno vasco al tener competencias en justicia se ocupa de dotarlo de los medios económicos y humanos suficientes para desarrollar el servicio con las mejores garantías de satisfacción y eficacia. Esto debería generalizarse en todo el territorio español con independencia de si dependen las competencias de ministerio de justicia o de la comunidad autónoma.

Asimismo, se puede ver como no existen diferencias básicas con respecto al de Burgos; en la práctica lo más utilizado sigue siendo la reunión víctima -ofensor y mientras en Burgos se han realizado otras prácticas más inclusivas como las conferencias, en el País Vasco se ha realizado un círculo.

(b) Servicio de justicia restaurativa justicia juvenil en País Vasco.

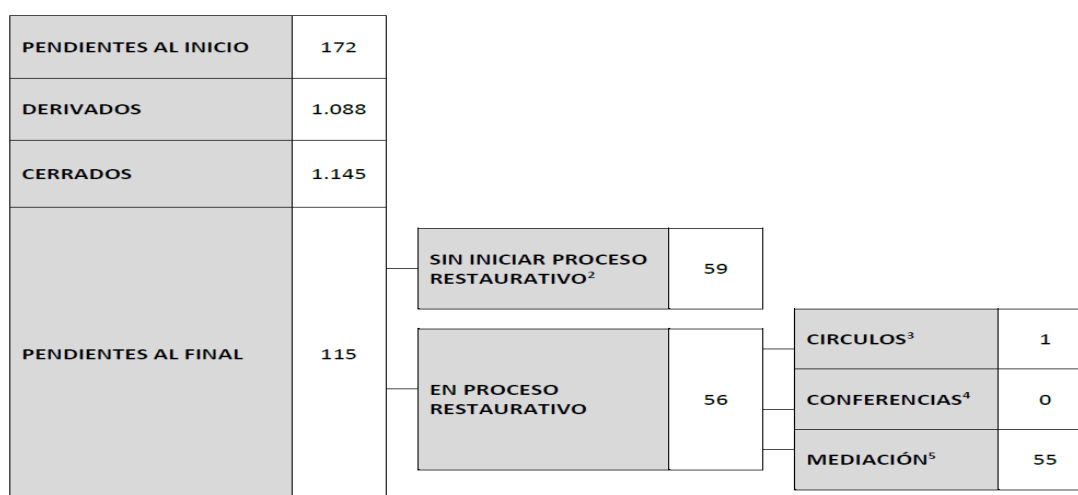
Tomando en consideración el IV Plan de Justicia Juvenil, en el informe publicado se habla de procesos de mediación, no de justicia restaurativa, no así el coordinador del Equipo Técnico, este señala que al realizar los procesos de mediación y conseguir que los adolescentes pidan disculpas, nos encontramos ante un proceso restaurativo y por lo tanto sería justicia restaurativa las intervenciones que se realizan en el juzgado.

⁷⁸¹ Op Cit. Varona, pp.305.

⁷⁸² En este sentido el mencionado Estatuto de la víctima dice en el artículo 5. Derecho a la información desde el primer contacto con las autoridades competentes.

1. Toda víctima tiene derecho, desde el primer contacto con las autoridades y funcionarios, incluyendo el momento previo a la presentación de la denuncia, a recibir, sin retrasos innecesarios, información adaptada a sus circunstancias y condiciones personales y a la naturaleza del delito cometido y de los daños y perjuicios sufridos, sobre los siguientes extremos: K) Servicios de justicia restaurativa disponibles, en los casos en que sea legalmente posible.

La consejería también señala la mayor presencia de los procesos de mediación, con 5810 casos evaluados, 1812, un (31%) representan a mediación frente a 3998, un (69%) representan a medidas. Las mediaciones han representado un resultado positivo del (79%) de 1433 casos mediados. Por otro lado en la memoria del servicio de justicia restaurativa (Penal 2020) aunque este servicio no es responsable de realizar las prácticas restaurativas en el ámbito de la Justicia Juvenil, en su introducción señala “El Servicio de Justicia Restaurativa del Gobierno Vasco (en adelante SJR) nace con el planteamiento de profundizar en las prácticas consideradas por la doctrina internacional como plenamente restaurativas en el ámbito intrajudicial, es decir, el desarrollo de los Círculos y las Conferencias.”



(Datos publicados en la memoria del servicio intrajudicial de Justicia Restaurativa de la Comunidad Autónoma del País Vasco).

Lo que destaca de esta memoria, es que, de 56 casos en proceso restaurativo 55 se han llevado a cabo en mediación y un único caso de círculo.

4. Conclusiones.

Hemos mencionado dos servicios para poner de referente alguna práctica existente en nuestro país, uno lo hemos mencionado por el conocimiento práctico y directo puesto que lo venimos ofreciendo desde el año 2006 y el otro el del País Vasco por la cercanía con el de Burgos. Pero desde luego existen otras iniciativas (aunque hay poca información al respecto) básicamente de mediación penal a lo largo del territorio español y a este

respecto nos remitimos a la página web del Consejo General del Poder Judicial⁷⁸³, donde se reflejan qué lugares tienen servicios de mediación penal (no hace referencia a justicia restaurativa) y asimismo se puede consultar los juzgados que derivan asuntos, así como donde se realiza mediación en otros ámbitos. Por tanto, incluyen en la misma web bajo el nombre de mediación intrajudicial tanto la penal como las que se realizan en otros ámbitos. Sería deseable que se separara la mediación intrajudicial que, como hemos visto, por sus características tiene poco que ver con la justicia restaurativa, de la propia justicia restaurativa. Asimismo se debiera recoger estadísticas de otras prácticas restaurativas y no reducirlas a la mediación penal así se podría fomentar el uso de algunas más inclusivas como las que ya hemos visto y en otros momentos procesales como en ejecución de sentencia⁷⁸⁴.

Por otro lado, en la línea de lo expuesto por Gema Varona, en el documento mencionado, es necesario apoyar los servicios de justicia restaurativa para que se puedan estabilizar y ofrecerse de forma continuada sin diferencias dependiendo del territorio donde se encuentre la víctima.

Para dar estabilidad a estos servicios de justicia restaurativa debería contemplarse en la ley su constitución, funcionamiento y dotación económica, por eso hemos analizado el proyecto de reforma de la ley de enjuiciamiento criminal que ya contempla esta institución. Otro aspecto esencial para ofrecer el mejor servicio posible sería la formación específica de los facilitadores, en la actualidad, no existen cursos que ofrezcan formación en justicia restaurativa sino que contemplan diferentes mecanismos alternativos entre los que se incluye esta justicia.

En todo caso, las estadísticas demuestran que aunque nos consideramos punitivos por naturaleza las personas que participan en un proceso restaurativo salen satisfechas y ven atendidas sus reclamaciones que muchas veces tienen que ver con la restauración del equilibrio roto tras el delito más que con una indemnización material.

⁷⁸³ Podemos ver un mapa donde el Consejo General del Poder Judicial ha reflejado aquellos lugares de los que se tienen conocimiento de que existe mediación intrajudicial en el ámbito penal, recuperado de <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Servicios-de-Mediacion-Intrajudicial/Mediacion-Penal/?perfil=1>.

⁷⁸⁴ En relación con la fase de ejecución, la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias está fomentando las prácticas restaurativas tanto para privados de libertad como condenados a medidas alternativas, <https://www.businessinsider.es/encuentro-restaurativo-atracador-director-sucursal-robo-807171>.

Para que se consoliden los servicios de justicia restaurativa necesitamos también apoyo social y esto se podría conseguir no solo con congresos, jornadas y cursos sino logrando el apoyo de los medios de comunicación.

De esta forma, podrán transmitir al ciudadano los beneficios de la justicia restaurativa a través de la voz de algunos participantes. Sería deseable que se dieran voz a los casos exitosos de justicia restaurativa.

CONCLUSIONES.

1. Posibilidades de un derecho penal y penitenciario con enfoque restaurativo.

Aunque se suele concebir la justicia restaurativa como simples fórmulas de encuentro víctima, infractor y a veces comunidad, la realidad es que esta justicia es mucho más.

Para algunos, es una teoría de justicia que no tiene por qué estar alejada del ámbito penal, sino que se nutre de elementos que ya existen en todos los derechos penales, como la reparación⁷⁸⁵ del daño, suspensión o sustitución de las penas y otras muchas instituciones, destinadas a dar una oportunidad al infractor para asumir sus actos y propiciar la

⁷⁸⁵ Tamarit Sumalla, J. (2012) “*La justicia restaurativa: Concepto, principios, investigación y marco teórico*”. En J. Tamarit Sumalla (Ed.) “*La justicia restaurativa: desarrollo y aplicaciones*”. Estudios de Derecho Penal y Criminología, nº 122, pp. 3-60.

reparación del daño a la víctima. Sin duda, estos mecanismos que existen en el derecho penal pueden mejorarse a través de este enfoque restaurativo, que propicia la participación de los realmente afectados por el delito, víctima e infractor. El proceso penal, ya no giraría en torno al estado y al infractor, sino que la víctima recuperaría un papel protagonista. También se atendería sus necesidades de una forma más eficaz, sin mercantilizar la reparación sino haciendo posible que esta compensación se haga en el sentido más amplio de la palabra y de acuerdo con las verdaderas y reales necesidades de las víctimas.

De la misma manera, el infractor en lugar de adoptar una actitud pasiva, en la que solo reconoce el delito, en la mayoría de los casos guiado por motivos espurios, este enfoque restaurativo propiciará una actitud activa y responsable, si quiere asumir el daño, tendrá una oportunidad pero deberá entender que la reparación o compensación no es un castigo impuesto por el juez, sino una prestación socialmente constructiva, es decir, todo el que hace algo mal, tiene un deber de enmendar el daño o mitigarlo. Prácticas como las que ofrece el modelo restaurativo proponen un cambio cultural en dos ámbitos fundamentales: en el modo de responder al conflicto que supone la delincuencia en una sociedad y en el forjamiento de nuevas sensibilidades en los integrantes de la misma⁷⁸⁶. Instituciones que tenemos en España, como las sentencias de conformidad serán más cualificadas y eficaces, ya que la víctima habrá estado informada durante todo el proceso y el infractor reconocerá el delito, tras comprometerse a reparar el daño, no solo por conseguir una reducción de la pena.

Por eso la justicia penal con enfoque restaurativo, se revela como una justicia más humana y eficaz, en la que los encuentros restaurativos, si son posibles, serán el último escalón y el ideal, dentro de una justicia penal más participativa, inclusiva y humana.

En este sentido, el Estatuto de la Víctima, como ya se ha visto, cumple con este enfoque restaurativo, y hace suyos los objetivos de esta justicia. Precisamente en su exposición de motivos se van relatando cuales son los objetivos de esta ley, que tienen que ver con los de esta justicia: empoderamiento⁷⁸⁷ de la víctima, propiciar su mejor atención, reparación no solo material, lograr que deje de sentirse víctima y, sobre todo, que vuelva a ser el centro del proceso penal. Es decir, su tratamiento es restaurativo, e incluso contempla la posibilidad más ideal de este enfoque, que son las reuniones víctimas, infractores y/o

⁷⁸⁶ Ibid., pp. 4 y ss.

⁷⁸⁷ Barton, C. (2000) “*Empowerment and retribution in Criminal Justice*”. En H. Strang & Braithwaite, J. (Eds.), “*Restorative justice. Philosophy to practice*”. Burlington: Ashgate. pp. 55-76.

comunidad. Esto supone un primer paso hacia este enfoque restaurativo en nuestro derecho, que lejos de ser incompatible, lo que va a hacer es mejorarlo, y ayudar incluso a que instituciones que ya existen se usen de una manera más satisfactoria.

Faltaría, reiterándonos en lo ya expuesto, una norma con enfoque restaurativo que se centre en las necesidades del victimario como la de ser ayudado a asumir su responsabilidad y evitar que reproduzca conductas delictivas en un futuro. No obstante, como hemos analizado, la Ley Orgánica General Penitenciaria contempla en su espíritu la justicia restaurativa puesto que tiene en cuenta la reparación del daño para valorar posibles beneficios penitenciarios del ofensor. Además, se basa en un sistema de ejecución penal llamado de “individualización científica” lo que implica que el objetivo principal de las penas es la reeducación y reinserción y esto se consigue a través del tratamiento penitenciario⁷⁸⁸. Creemos que esta atención individual de cada privado de libertad puede compatibilizarse con el espíritu de la justicia restaurativa, ya que la mejor forma de lograr su reinserción es a través de la responsabilización por el daño causado y su voluntad de querer reparar el daño causado.

Se podría afirmar que los intereses de la víctima no son incompatibles con los del sistema penitenciario de favorecer la reinserción del ofensor. De esta manera, dando entrada a los programas de justicia restaurativa dentro de los centros penitenciarios, se podría potenciar el cumplimiento del artículo 25. 2 de nuestra constitución⁷⁸⁹ y, a la vez, se cumpliría con los postulados del Estatuto de la Víctima. Los intereses de las víctimas, ofensores y comunidad no serían opuestos sino que finalmente lo que se busca es ayudar a las personas afectadas a superar las consecuencias del delito. Como decía Howard Zehr⁷⁹⁰: “la justicia restaurativa requiere, como mínimo, que atendamos los daños y necesidades de las víctimas, que instemos a los ofensores a cumplir con su obligación de reparar esos

⁷⁸⁸ En el artículo 59 de la mencionada Ley Orgánica General Penitenciaria se habla de este tratamiento y dice que “El tratamiento penitenciario consiste en el conjunto de actividades directamente dirigidas a la consecución de la reducción y reinserción social de los penados”. El Reglamento Penitenciario de 1996, concreta el tratamiento y habla de intervención, con el objetivo de conseguir la reinserción del privado de libertad a través de programas formativos, educativos, culturales etc., orientados a desarrollar las aptitudes del interno, enriquecer sus conocimientos, mejorar sus capacidades técnicas o profesionales y en general poder así neutralizar las posibles causas que dieron lugar a la comisión del delito. Como parte de estos programas se pueden incluir los de justicia restaurativa, y esta será una propuesta de esta investigación que además hemos podido poner en práctica desde el año 2019.

⁷⁸⁹ Fernández-Bermejo, D. (2014) “*Individualización científica y tratamiento en prisión*”. Ministerio del Interior, pp. 40 y ss.

⁷⁹⁰ Zehr, H. (2007) “*El Pequeño Libro de la Justicia Restaurativa*”. Colección: Los Pequeños Libros de Justicia y Construcción de la Paz. Philadelphia Good Books-Intercourse. PA, pp. 31.

daños, e incluyamos a las víctimas, ofensores y comunidades en este proceso”. Además, los programas restaurativos dentro de los centros penitenciarios se han revelado como muy interesantes en cuanto a los beneficios que aportan. Autores como Cesar Barros Leal⁷⁹¹ afirman que suponen “no solo un cambio de vida para ofensores, sino también el empoderamiento y beneficio emocional para las víctimas, aun cuando esos encuentros no hayan sido con su victimario directo”.

El siguiente paso, será acomodar las restantes normas penales a este enfoque restaurativo, sin limitarlo a la mediación y no como forma alternativa al juicio sino complementaria. Así lo afirman algunos autores⁷⁹² cuando llegan a plantear que no se trata de una alternativa a los castigos, sino un castigo alternativo. Pero es que, además, dada la importancia que está adquiriendo la justicia restaurativa y puesto que sus objetivos cumplen a la perfección con los postulados de un estado social y democrático de derecho y con la misión de procurar la mejor atención a las necesidades de los ciudadanos, se puede considerar, como ya se ha visto, como una ciencia penal, precisamente cuenta con todos los requisitos, con metodologías muy variadas, con teorías que fundamentan su existencia y con un objetivo claro, que no es otro, que introducir el aspecto emocional del delito en su gestión, dando cabida a las personas realmente afectadas por él, y no solo al estado y al infractor.

Por todo esto, podemos concluir que no es descabellado pensar en su posible compatibilidad con el derecho penal y penitenciario existente, pues reiterándonos en lo ya no expuesto, tenemos instituciones que en sí mismas parten de estos postulados restaurativos, tan solo faltaría acomodarlos a esta nueva ciencia penal para lograr una mejor y más satisfactoria justicia penal.

Las siguientes conclusiones van a intentar ahondar en varios aspectos sobre la configuración de la justicia restaurativa que hemos visto son importantes para entenderla en toda su amplitud, de esta manera, valorando que no todas las prácticas se reducen a una reunión víctima-ofensor vamos a proponer programas individuales para trabajar con privados de libertad, en este mismo sentido vamos a realizar una propuesta para trabajar

⁷⁹¹ Barros Leal, C. (2015) “*Justicia Restaurativa. Amanecer de una era*”. Editorial Porrúa. Primera Edición. México, pp. 108 a 116.

⁷⁹² Walgrave, L. (2001) “*On restoration and punishment: favourable similarities and fortunate differences*”. En A. Morris & G. Maxwell (Eds.)” *Restorative justice for juveniles. Conferencing, mediation & circles*”. Oxford-Portland, Oregon: Hart, pp. 17-37.

con ofensores de delitos graves como agresiones sexuales. Hemos visto además que la práctica nos indica que los procesos restaurativos son beneficiosos para víctimas de delitos graves, por eso, vamos a ofrecer nuestra visión, a pesar de las “voces” en contra, de por qué la justicia restaurativa sería eficaz en determinados delitos de violencia de género. Continuando con lo expuesto a lo largo de este trabajo, vamos a proponer, teniendo en mente los dos proyectos de Ley de Enjuiciamiento criminal que han existido en estos años, una regulación más profunda de lo que es la justicia restaurativa para de esta manera lograr una efectiva implementación tanto a nivel penal como penitenciario.

Por último, nuestra última reflexión irá en la línea de lo que contempla la ley del menor y nuestra conclusión sería configurar esta justicia como alternativa al proceso en delitos de menor gravedad. Nuestras aseveraciones quieren ser también propuestas para lograr una justicia penal y penitenciaria con verdadero enfoque restaurativo, algo que ya se comenzó con el Estatuto de la víctima.

2. Propuestas para mejorar el sistema penal y penitenciario de acuerdo con el enfoque restaurativo.

A) Propuesta de programas individuales en los centros penitenciarios como complemento a los programas de tratamiento que ya existen.

Según el manual de las Naciones Unidas sobre programas de justicia restaurativa,⁷⁹³ los Programas de “justicia restaurativa” son cualquier programa que usa procesos restaurativos y busca lograr resultados restaurativos (p.10).

⁷⁹³ Recuperado de https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Manual_sobre_programas_de_justicia_restaurativa.pdf 7/04/2020.

Y según el mencionado manual, un “resultado restaurativo” es un acuerdo alcanzado como resultado de un proceso restaurativo. El acuerdo puede incluir remisiones a programas como el de la reparación, el de la restitución y el de los servicios comunitarios, “encaminados a atender las necesidades y las responsabilidades individuales y colectivas de las partes, y a lograr la reintegración de la víctima y del delincuente. (p.10).

Por tanto, de acuerdo con las Naciones Unidas se podría conseguir un resultado restaurativo si se trabaja en la reparación en diversas modalidades para atender las necesidades de víctimas e infractores y/o comunidad.

Por eso, la propuesta sería que, si bien el enfoque restaurativo implica que se pueden realizar programas totalmente restaurativos, esto no impide que también se pueden diseñar e implementar programas individuales.

Estos programas individuales tienen incluso base legal en algunos lugares como México⁷⁹⁴ donde La Ley Nacional de Ejecución Penal (LNEP) y la Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia para Adolescentes (LNSIIPA), mencionan los programas individuales de justicia restaurativa.

Con estas referencias podemos ser totalmente restaurativos si usamos metodologías que incluyen víctima, infractor y comunidad como conferencias o círculos, mayormente restaurativos si solo incluimos a víctima y ofensor como la mediación penal, y podemos ser parcialmente restaurativos si trabajamos solo con víctimas, solo con ofensores o solo con comunidad pero sin perder de vista los valores y principios de la justicia restaurativa⁷⁹⁵. De acuerdo con esto y siguiendo a Maltos⁷⁹⁶, **las intervenciones parcialmente restaurativas** son cuando trabajamos con una sola persona en atención a necesidades relacionadas con la ofensa o delito, algunos ejemplos, la responsabilización

⁷⁹⁴ Maltos, V (2019) ¿Qué son los programas individuales de justicia restaurativa? Recuperado de <http://www.iidejure.com/que-son-los-programas-individuales-de-justicia-restaurativa/> .

Así como ejemplo de las leyes mexicanas podemos mencionar el artículo 204 (LNEP): Los procesos restaurativos se llevarán a cabo con la participación del sentenciado en programas individuales o sesiones conjuntas con la víctima u ofendido, en las cuales podrán participar miembros de la comunidad y autoridades, atendiendo al caso concreto y con el objetivo de analizar las consecuencias derivadas de delito. Y el artículo 195 (LNSIIPA): Pueden aplicarse los procesos restaurativos a que se refiere esta Ley o bien, que la persona adolescente, la víctima u ofendido y la comunidad afectada participen en programas individuales, bajo el principio de justicia restaurativa, establecido en este ordenamiento.

Aunque estos dos artículos se refieren a la justicia juvenil perfectamente podrían considerarse apropiados para la justicia de adultos.

⁷⁹⁵ A este respecto nos remitimos a los principios de la justicia restaurativa de Zehr, de los que ya hemos hablado.

⁷⁹⁶ Recuperado de <http://www.iidejure.com/que-son-los-programas-individuales-de-justicia-restaurativa/>

de ofensores sobre el daño sufrido por la víctima sin encuentro directo o servicio comunitario “relacionado”, como señala Wachtel⁷⁹⁷ esto significa que el servicio comunitario tenga relación con el delito y pueda generar una conciencia del daño ocasionado a la víctima o la comunidad. Un servicio comunitario que no tiene relación con el delito o daño causado es finalmente una sanción sin enfoque restaurativo.

Las Intervenciones *principal o mayormente* restaurativas serían cuando se trabaja con dos de las personas interesadas de un caso; algunos ejemplos, la reunión víctima-infractor en la que no participa ni comunidad ni apoyo de víctima y ofensor, o por círculos de apoyo a víctimas en los que participa la comunidad, pero no los infractores.

Y, por último, **las intervenciones completamente restaurativas** son cuando se trabaja con las tres de las partes interesadas (víctima, persona ofensora y comunidad).

Algunos ejemplos de esto serían las conferencias o los círculos en los que se da participación a todos los afectados directa o indirectamente por el delito. Por esto, los programas individuales serían justicia restaurativa y podrían ser de utilidad en determinados casos incluso para personas privadas de libertad, y se podrían definir como aquellos en los que se trabaja con víctimas, con ofensores o con la comunidad por separado y con enfoque restaurativo.

Según Maltos⁷⁹⁸:son proyectos diseñados previamente basados en los pilares, principios y valores⁷⁹⁹ de la justicia restaurativa en los que participan hasta dos de las partes primarias involucradas en una ofensa, sin que exista un encuentro o comunicación directa entre la víctima y ofensor.

Por tanto, las principales características de los programas individuales serían:

1.- Tener enfoque restaurativo (relacionados con principios, pilares y valores de la justicia restaurativa) como: comprensión del daño causado, asunción de la responsabilidad, querer cambiar de vida, reparación simbólica, análisis de las causas del delito u ofensa,

⁷⁹⁷ Wachtel, T. (2000) “*Restorative practices with high-risk Youth*”. In G. Burford & J. Hudson (Eds.), “*Family Group Conferencing: New Directions in Community Centered Child & Family Practice*”, Hawthorne, NY: Aldine de Gruyter, pp.86-92.

⁷⁹⁸ Maltos, V. (2019) “*¿qué son los programas individuales de justicia restaurativa?*” Recuperado de <http://www.idejure.com/que-son-los-programas-individuales-de-justicia-restaurativa/>

⁷⁹⁹ Pilares, principios y valores que son esencialmente los expuestos por Zehr, H (2007) “*El pequeño libro de la justicia restaurativa*”, recuperado de https://www.icbf.gov.co/sites/default/files/el_pequeno_libro_de_la_justicia_restaurativa.pdf pp.28 y ss.

identificación de cambios en la propia vida, pasar de víctima a sobreviviente, escuchar las necesidades y retos a los que se enfrentan, reparación del daño a todos los afectados.... Pueden tener actividades complementarias, pero no restaurativas como el deporte, formación para trabajo, preparación para la vida en libertad,⁸⁰⁰ pero sin el componente de enfoque restaurativo, no podemos hablar de que sea un programa de justicia restaurativa.

2.- Ser voluntarios. En toda intervención restaurativa debe subsistir la voluntariedad. Pueden empezarse programas individuales y luego combinarlos hasta ser total o parcialmente restaurativos; por ejemplo; si se contempla dar la posibilidad en los casos que se considere de poder reunirse con otras partes afectadas, programas individuales con ofensores que dan la oportunidad de reunirse con la víctima directa o subrogada.

(a) Propuesta concreta de programa individual para privados de libertad.

Examinado todas las consideraciones en torno a los programas individuales de justicia restaurativa **nuestra propuesta es un programa individual restaurativo para personas privadas de libertad, en especial con delitos que revistan especial gravedad y que a su salida de prisión puedan crear cierta alarma social.**

Se trataría de un programa restaurativo como complemento a los programas de tratamiento que ya existen en prisión, sería la continuación lógica a programas como el Picovi⁸⁰¹ para continuar con los penados que hayan participado, reflexionando sobre el daño causado, su responsabilidad y voluntad de querer reparar estos daños.

Consideramos que la justicia restaurativa no es terapia pero produce un efecto terapéutico por eso, una forma de combinar y mejorar con el enfoque restaurativo, lo que ya tenemos en nuestras leyes⁸⁰² (objetivo principal de esta investigación) es implementar programas restaurativos complementarios a programas de tratamiento, de suerte que se convertirían

⁸⁰⁰ Muy relacionado con la reinserción y que está contemplado en nuestro texto constitucional en el art. 25.

⁸⁰¹ Programa institucionalizado para intervención en conductas violentas, recuperado de http://www.institucionpenitenciaria.es/web/export/sites/default/datos/descargables/publicaciones/Documentos_Penitenciaros_17_PICOVI_acc.pdf.

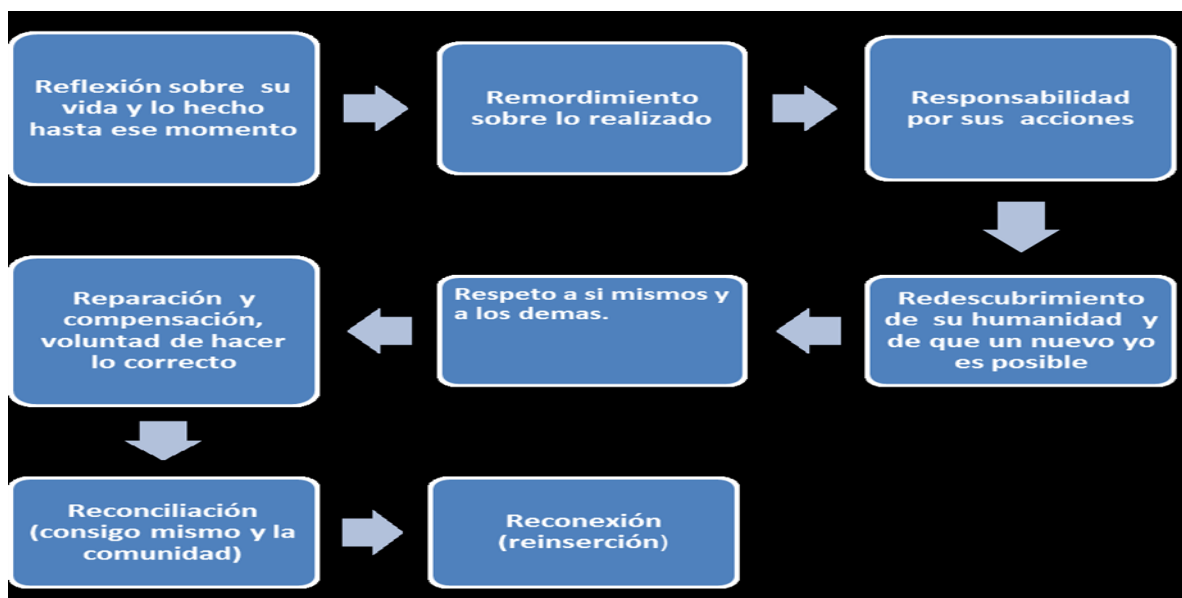
⁸⁰² En este caso, se trataría de implementar el enfoque restaurativo en el ámbito penitenciario, algo que ya hemos dicho de forma reiterada, es más sencillo puesto que la ley orgánica general penitenciaria cuenta con esta visión humanista y restaurativa en su espíritu e incluso en algunas partes de su articulado, de la misma manera que el reglamento.

en instrumentos diferentes pero complementarios y en busca de dos objetivos fundamentales la responsabilización del penado y su reinserción a la salida de prisión. De esta manera, elaboramos el programa de justicia restaurativa -reconexión inspirado en estas premisas en enero de 2019 (véase en el anexo 1 el programa completo).

Otra característica novedosa es que está contemplado trabajar hasta doce meses después de su salida de prisión para favorecer así la reinserción.

El producto final consiste en que cada participante elabore su plan de reparación del daño, y pueda llevarlo a cabo en la medida que sea posible, por esto, se contempla que sea mayormente restaurativo en los casos en que se pueda realizar una reunión víctima-infractor complementaria al programa y para gestionar el plan de reparación del interno que así lo desee.

Y el objetivo final es lograr la reconexión del interno con la sociedad para lo cual el trabajo con las familias y apoyos fuera es esencial. Las fases del programa serían las siguientes:⁸⁰³



(b)Propuesta de programa individual de justicia restaurativa para agresores sexuales.

⁸⁰³ El programa mencionado se puso en marcha fruto del acuerdo de colaboración con instituciones penitenciarias el 24 de abril de 2019, en el anexo 1 se adjunta el programa con más detalle.

Ya hemos hablado de los programas individuales de justicia restaurativa, de la propuesta de programa de justicia restaurativa para penados de delitos de cierta gravedad que hemos elaborado y que ya está en marcha en el centro penitenciario de Burgos, pero queremos avanzar un poco más e incluir uno específico para agresores sexuales. Generalmente cuando se habla de programas de justicia restaurativa siempre se excluyen delitos de agresión sexual y de violencia de género.⁸⁰⁴

Esta exclusión a priori de determinados delitos suele hacerse pensando en que la justicia restaurativa puede causar revictimización a las víctimas, y sobre todo porque se centran en que la justicia restaurativa debe llevar en todo caso a una reunión conjunta, y como hemos visto se puede hacer programas individuales y con excelentes resultados.

Incluso estamos convencidos porque hay resultados exitosos en la práctica de que se puede permitir una reunión conjunta⁸⁰⁵ si la víctima está preparada, el infractor ha asumido el daño causado e incluso otros profesionales como los de atención psicológica dan el visto bueno. Por tanto, si partimos de que las penas privativas de libertad tienen que tener como objetivo la reinserción de los penados, y que la ley orgánica general penitenciaria siguió esta línea humanista primando la reintegración del penado, no deberíamos dejar fuera de la posibilidad a determinados infractores por el tipo de delitos cometidos. Más bien deberíamos diseñar un programa teniendo en cuenta las características y las peculiaridades propias de la infracción penal, así como adaptarnos a los potenciales infractores participantes y si incluyésemos a víctimas en qué circunstancias. De la misma manera es deseable que los facilitadores de este teórico

⁸⁰⁴ Siempre que se da publicidad a un programa se deja claro por parte de las instituciones la exclusión de estos dos tipos delictivos. Por ejemplo, véase https://cadenaser.com/ser/2019/07/26/tribunales/1564126381_700247.html.

⁸⁰⁵ A este respecto nos gustaría remitirnos al testimonio de Jo Nodding donde relata cómo participar en un proceso de justicia restaurativa con una reunión conjunta, la ayudó a superar el delito, <https://www.dailymotion.com/video/x13xjv>.

En este mismo sentido de permitir un encuentro conjunto siempre que la víctima y el infractor estén preparados y los facilitadores hayan valorado positivamente este encuentro, podemos leer a McGlynn, C, Westmarland, N y Godden, N. (2012) "I just wanted him to hear me: sexual violence and the possibilities of Restorative justice". *Journal of Law and Society*, 39, pp. 213-240.

programa tengan formación específica en delitos graves de estas características para no frustrar el programa ni sus beneficios.⁸⁰⁶

De todas formas, dadas las reticencias iniciales de las instituciones a incluir este tipo de delitos en justicia restaurativa, **nuestra propuesta es un programa individual de justicia restaurativa para exclusivamente delitos sexuales. Y como complemento al programa para agresores sexuales (Pcas)⁸⁰⁷ que ya está contemplado en los centros penitenciarios**, solo se aplicaría para los que ya hubieran superado este programa psicológico, de tal manera que el programa restaurativo vendría a ser la prolongación a los aspectos ya tratados pero esta vez con enfoque restaurativo no psicológico.

La propuesta de programa está ya realizada pero todavía no se ha puesto en marcha. **(Para ver este programa véase el anexo3).**

Sería deseable incluir programas individuales para víctimas de estos delitos de carácter sexual.

Siempre recordando que en delitos graves la justicia restaurativa sería un complemento al sistema penal y penitenciario, pudiendo ser considerada y a eso aspiramos, como un programa más junto con los programas de tratamiento existentes, los programas de justicia restaurativa serían la parte final de los diferentes programas tratamientos por los que haya pasado el interno.

B) Permitir procesos restaurativos que no de mediación en casos de violencia de género.⁸⁰⁸

El artículo 44.5 de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género señala que no cabe mediación en los procesos tramitados ante el Juzgado de violencia sobre la mujer; además introdujo el art. 87 ter, apartado 5.º LOPJ.⁸⁰⁹

⁸⁰⁶ En esta formación se les enseña para tener en cuenta unas variables para saber si sería factible una reunión conjunta, véase Domingo de la Fuente, V. (2019) “*Variables a tener en cuenta para facilitar delitos muy graves*”, recuperado de <https://www.lajusticiarestaurativa.com/variables-tener-en-cuenta-para>.

⁸⁰⁷ Sobre este programa se puede consultar <http://www.institucionpenitenciaria.es/web/portal/Reeducacion/ProgramasEspecificos/agresoresSexuales.html>

⁸⁰⁸ Domingo de la Fuente, V. (2011) “*Justicia restaurativa y violencia de género, posibilidad error o acierto*” Diario La Ley, Nº 7701, pp.2-7.

⁸⁰⁹ Sobre esta prohibición hay que acudir al comentario que sobre dicha prohibición se realiza en el Manual de Legislación sobre la violencia contra la mujer, elaborado por el Departamento de Asuntos Económicos y Sociales (División para el Adelanto de la Mujer), de las Naciones Unidas, Nueva York, 2010, p.40, en cuyo punto 3.9.1 se recomienda «*Prohibir explícitamente la mediación en todos los casos de violencia contra la mujer, tanto antes como durante los procedimientos judiciales*» a lo que la comisión de expertos

Esta prohibición hay que ponerla en el contexto social en que surgió la ley en sí misma, ya que en su momento se consideró inviable la posibilidad de aplicar la mediación por su aumento desorbitado en la sociedad actual y la consiguiente alarma social que ello produciría, valorando como necesario un endurecimiento claro de las penas⁸¹⁰ para que actuara como efecto disuasorio en los maltratadores. Se puede considerar junto con las agresiones sexuales, los dos delitos que habitualmente son excluidos de poder ser gestionados a través de procesos restaurativos, aunque como hemos visto, los beneficios pueden ser incluso mayores para las víctimas de estos delitos graves que deseen tomar parte de un proceso restaurativo facilitador por un profesional debidamente formado.

Incluimos esta propuesta como conclusión precisamente para corroborar lo que ya hemos venido diciendo sobre la necesidad de estar a cada caso concreto y sus circunstancias antes que descartar los asuntos según el delito de que se trate.

Volviendo a la violencia de género se excluyó también esta posibilidad por considerarla blanda con los infractores, aunque es muy discutida la idea de que la justicia restaurativa es blanda porque realmente lo que hace es potenciar la responsabilidad del maltratador.

Primero, porque busca que los infractores se responsabilicen de sus conductas.

Esto es importantísimo, en el sentido de que sólo si asumen y se mentalizan que han violado una norma pero sobre todo han dañado a una persona, pueden llegar a comprender hasta qué punto su acción ha perjudicado a esa persona y a la sociedad en su conjunto.

Segundo, porque si se logra que el infractor valore y reconozca al menos en parte todo esto, servirá para que no vuelva a cometer el mismo o similares hechos delictivos.

Se trataría de “educar” en el sentido de hacerles comprender, vean y oigan de forma directa (a través de la víctima) o bien de forma indirecta, que su actitud es dañosa y perjudicial y que no tienen derecho a seguir con esa actitud.

encargados de la redacción del manual que, según se afirma en el prólogo, tiene por objeto ayudar a los Estados y a otras partes interesadas a mejorar o a promulgar leyes que protejan a las mujeres, comentan: *«En las leyes de varios países en materia de violencia contra la mujer, la mediación se fomenta u ofrece como alternativa a la vía penal y los procesos de derecho de familia. No obstante, cuando la mediación se utiliza en casos de violencia contra la mujer, surgen varios problemas. Retirar asuntos del control judicial presupone que ambas partes tienen el mismo poder de negociación, refleja la presunción de que ambas partes son igualmente culpables de la violencia y reduce la responsabilidad de quien ha cometido el delito. Un número creciente de países están prohibiendo la mediación en casos de violencia contra la mujer. Por ejemplo, en España, la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (2004) prohíbe la medicación de cualquier tipo en casos de violencia contra la mujer».*

⁸¹⁰ Guardiola Lago, M.J. (2009). “La víctima de violencia de género en el sistema de justicia y la prohibición de la mediación penal”. *Revista General de Derecho Penal*, (12), pp. 1-41.

Lógicamente, no todos los infractores podrán reflexionar y asumir sus conductas, pero por esta vía conseguiremos que algunos lo hagan, reduciendo la reincidencia. La víctima va a conseguir liberarse del “rol” de víctima que les puede llegar a acompañar durante toda la vida. Se puede desahogar, expresar sus temores, angustias e ira. Puede conseguir fortaleza y seguridad⁸¹¹, lo mismo que la comunidad, pues a través de estas herramientas como la mediación, los daños que se han causado a la víctima y que también repercuten en la sociedad pueden repararse y/ o disminuirse de forma considerable.

Otra causa por la que se afirma que esta prohibición es acertada, es por el desbalance de poder existente entre ambas partes, maltratador y víctima, que impide la construcción de un espacio de libertad, clave en la estrategia mediadora.

Este desequilibrio de poder⁸¹² entre ambas partes podría verse amortiguado y eliminado a través de una correcta actuación y trabajo con la víctima.

También se podría evitar, a través de la utilización de otras prácticas restaurativas más inclusivas⁸¹³, en las que se provea a la víctima de un ambiente seguro rodeada de personas de su confianza y de otras personas que provean a la víctima de una tranquilidad y fortaleza para hacer frente al infractor, sintiéndose apoyada por la sociedad en general, respetada y reconocida.

Además, en el infractor puede generar mayor auto responsabilización, ya que suele ser más fácil y reconocible por la persona que su actitud no es la correcta, si ve el impacto que causa no sólo en la víctima, (que es la protagonista directa del delito) sino también en familiares, amigos y comunidad.

No olvidemos, que la mayoría de estos infractores lo son en el ámbito de su domicilio y por el contrario, suelen revelarse de cara al exterior como personas encantadoras que en algunos casos gozan en la comunidad de respeto y consideración.

Por esta vía, no tanto de humillación sino de asunción de sus acciones, el infractor puede percatarse de forma más directa de lo que conlleva sus actuaciones y de que estas

⁸¹¹ Castillejo Manzanares, R. (2011) “*Violencia de género. Justicia restaurativa y mediación*”. Madrid, La ley-actualidad, pp. 20 y ss.

⁸¹² Cuando se habla de desequilibrio de poder entre víctima e infractor para no permitir la justicia restaurativa, no se está pensando en esta justicia sino en mediación, como hemos comentado la justicia restaurativa precisamente se utiliza porque hay daños y producen desequilibrios, mientras que la mediación solo se usa cuando hay conflictos co- construidos, es decir cuando hay co responsabilidad.

⁸¹³ Prácticas más inclusivas como las conferencias o los círculos o incluso menos inclusivas como programas individuales que igual que los presentados que trabajan con infractores, se podría hacer uno similar trabajando solo con víctimas de estos delitos

efectivamente y en todo caso son conductas delictivas, sancionadas por la ley y que no deben repetirse.

(a) Problemas que plantea la prohibición de mediación del artículo 44.5 Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

Respecto de la redacción que se da al artículo en lo referente a la prohibición de mediación, se plantean a los profesionales que nos dedicamos a poner en práctica los principios de la justicia restaurativa una serie de interrogantes y preguntas:

Se alude a mediación sin especificar, mediación penal o familiar, lo que nos hace dudar de que el legislador prohibiera algo que en esa época no estaba regulado, es más, todo parece indicar, ya que habla exclusivamente de mediación, que prohibió la mediación familiar.

En este caso la prohibición de mediación familiar estaría totalmente justificada porque con esta mediación no se reconoce a una víctima y un infractor, sino que se trata de dos personas que tienen un conflicto y que se va a solucionar sin dotar de reproche y sanción a la conducta de uno u otro. Y es que habría que empezar a distinguir conceptos y ver lo que adelantábamos en esta investigación⁸¹⁴ y es que mediación no es concepto equivalente a justicia restaurativa. Con la mediación, las partes se llaman contendientes y trabajan sobre la hipótesis de que ambos contribuyen en mayor o menor medida al conflicto y ambos deben comprometerse a alcanzar una solución. La mediación se utiliza para conflictos co-construidos lo que se ha venido a llamar mesas parejas. Por tanto, es cierto que si hay un desequilibrio evidente no se podría usar la mediación o al menos habría que trabajar esto en las sesiones individuales llamadas caucus para equilibrar lo más posible. Además, el lenguaje neutral del mediador puede resultar ofensivo para las víctimas por ejemplo, si se habla de conflicto en vez de delito, etc.

Con las prácticas restaurativas como mediación penal⁸¹⁵ no hay dos contendientes, hay una persona que ha cometido un delito y otra que ha sido víctima. No se va a mediar la

⁸¹⁴ Cuando hablamos de las experiencias prácticas en justicia restaurativa, ya mencionamos la confusión de conceptos en nuestras leyes y en la práctica, de esta manera a todo se suele llamar erróneamente mediación intrajudicial. Y decimos esto porque entre la mediación y la justicia restaurativa hay diferencias evidentes.

⁸¹⁵ Creemos que fue un error llamarla mediación penal, y realmente se debió usar la denominación reunión víctima-ofensor para no inducir a estos errores ya que la mediación penal entendida como herramienta o metodología de la justicia restaurativa dista mucho de las características de la mediación en otros ámbitos.

culpabilidad o inocencia. Tampoco hay expectativas para que la víctima pida o se conforme con menos de lo que necesita para hacer frente a sus pérdidas, no se parte como en mediación de un equilibrio, se tiene en cuenta que hay una víctima que sufrió un daño y no tenía por qué y un infractor que lo ocasionó. En todos los casos gestionados por justicia restaurativa hay cierto desequilibrio, aunque el delito sea considerado de menor gravedad, precisamente es la labor del facilitador tratar esto durante las reuniones individuales y luego valorar si será posible una conjunta o se puede usar alternativas a este encuentro. De hecho, el facilitador en los procesos restaurativos no es imparcial como debe serlo el mediador; podríamos decir que tiene una parcialidad equilibrada⁸¹⁶, esto implica que trata por igual a víctima y maltratador, les da la misma posibilidad de hablar pero no es imparcial respecto al daño causado y debe ser consciente el facilitador de que se debe crear un espacio para que el infractor reconozca el daño, y voluntariamente se comprometa querer compensarlo de acuerdo a las necesidades de la mujer maltratada.

Todas estas aclaraciones sobre la diferencia entre mediación y mediación penal o reunión víctima-infractor como una metodología de la justicia restaurativa nos hace entrever que la posible y teórica gestión de un caso de violencia de género a través de la justicia restaurativa no sería ni mucho menos imposible y, en todo caso, supondría unos teóricos beneficiosos, si se hace con las debidas garantías y con profesionales formados debidamente para esta clase de delitos.⁸¹⁷

Creemos que el legislador totalmente acertado prohibió la mediación familiar para este tipo de casos pensando en que no habría equilibrio y que realmente no existía un conflicto sino un delito. Pero puesto que en el año 2004 al menos en España poco o nada se hablaba de la justicia restaurativa, creemos que no pudo prohibir algo que se desconocía y que precisamente podría funcionar si se usa debidamente.

Además, los mismos argumentos que hemos planteado con respecto a los agresores sexuales tendrían sentido en maltratadores.

De esta manera, cumpliendo con el mandato constitucional de reinserción social al intentar la reintegración del maltratador en la sociedad, se podrían combinar los cursos y tratamientos para maltratadores con diversas prácticas y programas restaurativos, es claro que la ley prevé cursos de educación entre otras medidas pero estos cursos y la pena que

⁸¹⁶ El concepto de parcialidad equilibrada, en inglés *balanced partiality*, es atribuido a Dave Gustafson (Zehr, 2014).

⁸¹⁷ Golding, J.M. (1999) "*Intimate Partner Violence as a Risk Factor for Mental Disorders: A Meta-Analysis*", en *Journal of Family Violence*, vol. 14, nº 2, pp 99-132.

se les impongan pueden ser más efectivos, si se les proporciona las variables necesarias para asumir sus hechos y reconocerlos⁸¹⁸, generando en ellos un sentido de culpabilidad que muchos de ellos no tienen al entrar en prisión, lo que hace que salgan de allí con más ira que cuando entraron, al no entender que su conducta es un delito, provocando en muchas ocasiones la reincidencia. Aunque pueda parecer todo esto muy complicado en la práctica, está claro que existirían muchos casos que podrían ser susceptibles de ser tratados por alguna herramienta de la justicia restaurativa como complemento al sistema jurídico-penal tradicional. Lógicamente no todos los asuntos podrían abordarse desde esta perspectiva, por eso para ello debería haber una cuidadosa selección.⁸¹⁹

Otra cuestión que plantea la prohibición del artículo 44.5 es que, al estar encuadrada dentro de los procesos tramitados ante el Juzgado de violencia sobre la mujer, cabría entender que se está prohibiendo la mediación en la fase de instrucción de los delitos y no en la fase de enjuiciamiento ante los juzgados de lo penal.

(b) Violencia de género en la actualidad.

En el caso de la violencia de género, ha habido muchos enfoques y muy diversas teorías. Por así decirlo es muy diferente si el maltratador tiene problemas para controlar la ira o por el contrario tiene una grave adicción a ciertas sustancias, ya que la forma de abordarlo en la práctica será muy diferente dependiendo de la premisa de la que partamos.

Algunos han llegado a afirmar que la violencia de género es un problema de falta de comunicación en la relación de pareja y esta opinión es coherente con la opinión extendida de que la violencia (se cual fuere, incluida la de género) es una expresión de un conflicto. Este conflicto puede derivarse de la falta de poder del maltratador para controlar su ira, o bien de la necesidad de rehabilitarse de sus adicciones.

Para muchas personas, exponer estos argumentos es casi tanto como intentar justificar la conducta del maltratador, tratándole como un enfermo que necesita cura. No es una opinión generalizada pero si hay personas que lo creen.

⁸¹⁸ En cierta ocasión, una víctima, nos comentaba no sin cierta desilusión al comprobar que no se podía mediar en delitos de violencia de género, “hasta que mi expareja no comprenda que me hace daño, que sus acciones me perjudican hasta límites insospechables, y que por el mero hecho de haber sido mi compañero no le da el derecho a tratarme así no va a dejar de hacerlo...”

⁸¹⁹ Stubbs, J. (2010) “*Relations of Domination and Subordination: Challenges for Restorative Justice in Responding to Domestic Violence*”, University of New South Wales Law, Journal 16(2); pp. 970-986.

Ante esto, se han alzado corrientes feministas que consideran el abuso como derivado de las creencias, valores y tradiciones que informan nuestro sistema patriarcal⁸²⁰. Se trata para estas interpretaciones de una estrategia deliberada del maltratador de ganar poder y control en la relación.

Las conductas delictivas del abusador son una opción que ellos mismos eligen, y no un impulso incontrolable. Por tanto, sólo el maltratador es responsable de su comportamiento. Como consecuencia de todo esto, surge la idea de que el maltrato no es una escalada del conflicto, ya que las acciones abusivas pueden derivarse de situaciones conflictivas y también sin conflicto.

No olvidemos que los abusos pueden ser de muy diferente índole⁸²¹: emocionales, verbales, financieros, sexuales, sociales (aislamiento), usando a los hijos...

Sin embargo, la experiencia del día a día de los que trabajan en esta área determina que no son factores determinantes en todos los casos el control y el poder, sino que es algo más complejo, ya que pueden existir unos abusos en casos concretos y aislados o un patrón de abusos continuados y sistemáticos⁸²².

Para tratar cualquier caso de violencia de género desde cualquiera de las perspectivas de la que se haga, habría que tener en cuenta una serie de valores y principios, estos valores, dejando fuera aquellos casos en los que hay una cierta continuidad son:

Seguridad de la víctima⁸²³, elección de la víctima, rendición de cuentas del infractor y rendición de cuentas del sistema (que significa que el apoyo jurídico, la intervención, son efectivas y mutuamente apoyadas). También se debe tener en cuenta dos principios fundamentales: cada caso debe de tratarse en concreto y no en abstracto y hay que reconocer que cada asunto tiene el potencial de ser un caso más grave⁸²⁴. En la violencia de género, restauración⁸²⁵ puede ser considerada como la creación o recreación

⁸²⁰ Cuestiones de Género son importantes. Manual sobre cómo abordar la violencia de género que afecta a los jóvenes. Consejo de Europa, 2007. <http://www.unwomen.org/es>.

⁸²¹ Ruiz-Pérez I, Plazaola-Castaño J, Del Río-Lozano M. (2007) "Physical health consequences of intimate partner violence in Spanish women". Eur J Public Health; 17(5), pp 437-443.

⁸²² Zorrilla B, Pires M, Lasheras L, Morant C, Seoane L, Sanchez LM, Galán I, Aguirre R, Ramírez R, Durbán M. (2010) "Intimate partner violence: last year prevalence and association with socio-economic factors among women in Madrid", Spain. Eur J Public Health; 20(2) pp. 169-75.

⁸²³ Jlich, S. (2009) "Restorative Justice and Gendered Violence in New Zealand: a Glimmer of Hope", en J. Ptacek (dir.), "Restorative Justice and Violence Against Women", Oxford University Press, Oxford, pp. 239-254.

⁸²⁴ Vives-Cases C, Carrasco-Portiño M, Alvarez-Dardet C. (2007) "La epidemia por violencia del compañero íntimo contra las mujeres en España. Evolución temporal y edad de las víctimas" Gac Sanit; 21(4) pp.298-305.

⁸²⁵ Domingo de la Fuente, V. (2011) "Justicia Restaurativa en violencia doméstica: posibilidad, error o acierto..." Diario La Ley, N° 7701, pp.2-7.

de relaciones significativas de igualdad. Por todo esto, la gestión de algunos casos a través de diferentes prácticas restaurativas y, en general, con un enfoque restaurativo podría permitir que muchos maltratadores pudieran entender el impacto de sus acciones y reflexionar sobre lo realizado hasta ahora y sobre todo permitiría a las víctimas tener “voz” facilitando su empoderamiento.

(c) ¿Por qué se oponen a la justicia restaurativa para abordar la violencia de género?.

De forma general, la justicia restaurativa ha sido criticada por falta de información. Lo que verdaderamente falta en la literatura es un análisis de cómo la justicia restaurativa puede derribar los estereotipos y prejuicios que generan violencia sobre la mujer como las tradiciones patriarcales, las creencias, estructura de la sociedad y la verdadera experiencia de las mujeres que han sufrido este tipo de abusos machistas.

Como dicen algunos autores⁸²⁶ “los profesionales que tratan con este tipo de asuntos deben ser conscientes de las teorías que dan forma a la práctica, “siempre hay una teoría” (pp. 71 y ss.).

Esto significa que para que un caso de violencia doméstica sea enfocado correctamente por los profesionales de la justicia restaurativa, deben saber interpretar el asunto dentro del marco real para comprenderlo mejor, y así no caer en el riesgo de minimizar la conducta del infractor, o bien en un error de comunicación que pueda acarrear un riesgo en la seguridad de la víctima. La lucha feminista que, en ningún caso, se debe desmerecer ha ido guiada a que se reconociese de forma expresa la violencia de género como algo serio, público y penal, fuera del ámbito meramente privado. Debido a esta premisa se han opuesto frontalmente a cualquier movimiento que lleve la violencia de género fuera de los juzgados (público) y sea metido en procesos privados (como la mediación). Temen que el peso moral de la censura pública se pierda con este movimiento.

Sin embargo, la justicia restaurativa no puede considerarse un procedimiento privado, ni exento del reproche público ni ajeno a los órganos judiciales. Lo que se debe hacer en este caso para garantizar un proceso satisfactorio es lo siguiente: primero se debe buscar

⁸²⁶ Augusta-Scott, T. (2001) “*Dichotomies in the Power and Control Story: Exploring Multiple Stories About Men who Choose Abuse in Intimate Relationships,*” *Gecko: A Journal of Deconstruction and Narrative Ideas in Therapeutic Practice*, No.2, pp.32-54.

la metodología restaurativa que sea más acorde con los casos que se han seleccionado y, en segundo lugar, el marco de la justicia restaurativa debe considerarse como un complemento al sistema judicial, más que una alternativa en sí misma.

Todo resultado restaurativo⁸²⁷, (con acuerdo o sin acuerdo) será llevado de vuelta a los tribunales para su ratificación, no se trata de eximir de su pena al maltratador, sino de intentar que a través de la asunción de sus acciones, pueda reflexionar para no volver a cometer esas conductas delictivas, y por este reconocimiento y reparación del daño se le puede aplicar un atenuante⁸²⁸ con cierto beneficio jurídico para él, pero eso sí dejando claro, que nunca saldrá sin sanción jurídica y sin reproche por su actitud delictiva.

(d) Enfoque restaurativo que se debe adoptar en delitos de violencia de género.

Se debe tener en cuenta cuatro premisas que consideramos fundamentales:

1- Centrarse en el daño.

La justicia restaurativa en general se centra en el daño⁸²⁹ causado como consecuencia del delito y además este daño suele ser consecuencia de un incidente particular.

Sin embargo, en delitos de violencia de género no hay generalmente un solo incidente sino un patrón de abusos con continuidad en el tiempo.

Se debe, por tanto, explorar esta línea de abusos para conocer el alcance y la naturaleza de esta violencia en la relación de pareja, así se aumenta la concienciación y la seguridad de la víctima.

2- Seguridad de la participante (víctima).

La seguridad de la víctima es la llave fundamental para todos los trabajos restaurativos en esta área: hay que reconocer que la mujer que sufre violencia se encuentra en mayor

⁸²⁷ Pelikan, C. (2002) "Victim-Offender-Mediation in domestic violence cases – A comparison of the effects of Criminal Law intervention: the penal process and mediation". Doing qualitative research. Forum Qualitative Social Research, Vol. 3, nº 1, pp. 1-20. A este respecto la autora hace referencia a la experiencia de Austria, cuya herramienta para estos casos es la mediación penal y los resultados obtenidos son considerados exitosos.

⁸²⁸ Puede depender del caso concreto y de la legislación de cada país, no significa que la participación en un proceso restaurativo se reduzca a un atenuante sino que la idea es que si se aplica beneficios son porque están estipulados ya en las leyes y no por el hecho en sí mismo de tomar parte en un proceso restaurativo. Así eliminamos las reticencias de las personas que creen que puede ser sencillo para un agresor tomar parte en justicia restaurativa aunque no se responsabilice del daño causado.

⁸²⁹ Esquinas Valverde, P. (2006) "La mediación entre la víctima y el agresor como forma alternativa de resolución del conflicto en el sistema judicial penal de adultos: ¿una posibilidad también viable en España?", Revista Penal. Parte Doctrina, nº 18, pp. 55-101.

riesgo de sufrir más violencia y además hay que valorar la posibilidad de que se produzcan nuevos daños durante el diálogo restaurativo.

Se debe maximizar la seguridad y para ello se adoptarán muchas medidas durante todo el proceso restaurativo, una de las cuales será el diálogo constante con la víctima acerca de su sentimiento de seguridad. Porque si se comprende mejor sus preocupaciones acerca de la seguridad, se puede trabajar mejor, conectar con ella y con los recursos de la comunidad y así elaborar un plan de acción. La justicia restaurativa debería ser un complemento y recurso añadido a los ya existentes para afrontar esta clase de delitos.

3- Rendición de cuentas del maltratador.

La responsabilidad del infractor es un componente importante pero en esta clase de delitos se debe distinguir entre reconocimiento y responsabilidad.

La responsabilidad va más allá del reconocimiento de que las decisiones tomadas para perpetrar la violencia sobre la mujer eran erróneas⁸³⁰ y no deberían haber ocurrido.

Si se fuerza la responsabilización del maltratador o se acepta de forma rápida su responsabilización⁸³¹ sin profundizar en los motivos se corre el riesgo de que esta no sea adoptada por motivos correctos, no siendo probable que haya un cambio favorable y positivo en el infractor.

Por el contrario, si se parte del reconocimiento de que su conducta no ha sido la más adecuada, se puede conseguir un cambio de actitud más positivo; esto puede parecer que minimiza las conductas violentas pero lo que estamos comentando es que es el facilitador de justicia restaurativa lo que en las reuniones preparatorias tiene que valorar es la evolución del maltratador en torno a su responsabilización y reconocimiento del daño causado y solo después en base a todas las variables que estamos viendo podrá decidir si es viable una reunión conjunta o se debe optar por otras posibilidades.

4- Oportunidad para el diálogo y la restauración.

⁸³⁰ Decimos erróneas porque entendemos que en muchos casos son decisiones basadas en patrones culturales y patriarcales y antes de ver el terrible daño causado deben entender que sus valores no eran los adecuados para justificar la violencia.

⁸³¹ Aunque la mayoría de las legislaciones exige para participar en un proceso restaurativo que el infractor reconozca la responsabilidad, hemos examinado que quizá es una exigencia muy estricta y que precisamente la labor del facilitador durante estas reuniones individuales es ayudar al infractor a esto, por eso el Estatuto de la Víctima como requisito exige en su artículo 15:

“a) el infractor haya reconocido los hechos esenciales de los que deriva su responsabilidad”. Vemos que atenúa esta responsabilización de forma muy acertada.

Crear un diálogo y animar a las personas dañadas para hablar sobre la violencia y el impacto que ha causado ésta en sus vidas es también importante en cualquier práctica restaurativa.

Está demostrado que para una víctima de violencia de género tener un espacio seguro para contar su historia⁸³², ser escuchada y comprendida, puede ser una gran experiencia. Para muchas víctimas contar su historia directamente a la persona que le ha causado el daño, y poder hacerle preguntas, y expresar sus emociones puede ser relevante sobre todo si lo combinamos con el reconocimiento de los hechos por el infractor e incluso su responsabilización por ellos. En este sentido, un valor importante de la justicia restaurativa es el de potenciar “una voz desconocida” y es que escuchar con respeto la historia de alguien es una forma de darles poder.

Para las partes en esta clase de delitos, participar en estas prácticas restaurativas es importante, pero es solo un paso más en un viaje de largo recorrido. Algunas expectativas positivas experimentadas durante el desarrollo de un proceso restaurativo son la reconciliación, perdón, restauración y cierre. El peligro, sin embargo, puede surgir si se crea esperanzas de conseguir estas expectativas pues no hay garantías de cómo se va a desarrollar el diálogo o qué emociones van a surgir, los profesionales de la justicia restaurativa trabajan con las partes para identificar sus necesidades, comprobar la realidad de sus expectativas y asistirles para informarles de cómo actuar. A modo de conclusión, hemos de decir que el objetivo de estas prácticas restaurativas en esta clase de delitos debe ser interrumpir la espiral de violencia y maltrato colaborando con otras instituciones y proteger a la mujer de futuros abusos⁸³³. Con esto queremos poner de manifiesto, que no es el remedio absoluto de todos los casos, pero sí de algunos y para todos en general puede ser un impulso importante para parar la violencia. En todo caso, debería estarse al caso concreto para analizar la viabilidad del uso de la justicia restaurativa, además esto no excluye el reproche penal del sistema ni se impide que las víctimas e infractores puedan compatibilizar la justicia restaurativa con programas terapéuticos. Si lo hecho hasta ahora no ha disminuido los casos de violencia de género⁸³⁴, podemos plantearnos

⁸³² Arredondo-Provecho AB, Del Pliego G, Nadal M, Roy R. (2008) “*Conocimientos y opiniones de los profesionales de la salud de atención especializada acerca de la violencia de género*”. *Enferm Clín.* 18 (4), pp. 175-182.

⁸³³ Crespo M, Arinero, M. (2010) “*Assessment of the efficacy of a psychological treatment for women victims of violence by their intimate male partner*”. *Span J Psychol*; 13(2), pp. 849-63.

⁸³⁴ A modo de ejemplo podemos ver que en el año 2019 aumentaron un 2% los casos a pesar de las reformas y las campañas de prevención y sensibilización, a este respecto https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736176866&menu=ulti

otras posibilidades complementarias para mejorar la mejor asistencia a las víctimas y el mejor programa de reinserción para los maltratadores.

(g) Conclusiones a esta propuesta de eliminar la prohibición.

Teniendo en cuenta las diferencias ya examinadas entre mediación y justicia restaurativa, debería reconducirse la prohibición a usar la mediación⁸³⁵, pero no sólo en este tipo de delitos, sino en cualquier clase de delitos, ya que en estos casos no hay un conflicto co-construido sino una persona que sufrió un daño y otra lo causó, no existe de base la igualdad ni lo que algunos autores llaman “mesas parejas” para usar la mediación.

Esta supresión de la prohibición de usar justicia restaurativa tendría sentido porque cuando examinamos la ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito vimos que no excluye ninguna tipología delictiva, sino que además impone como deber el hecho de que todas las víctimas sean informadas de los recursos a su disposición, entre ellos los servicios de justicia restaurativa existentes (artículo 4, K).

Para comenzar y siguiendo experiencias prácticas de otros lugares como Austria, debería hacerse una selección de los primeros casos, que no debieran entrañar violencia grave y además los facilitadores tendrían la formación adecuada para trabajar en esta clase de delitos. Asimismo, y como ya hemos avanzado, se podría usar metodologías totalmente restaurativas o solo parcialmente; en todo caso, la posible reunión conjunta se debería valorar antes de iniciarla.⁸³⁶

Los procesos restaurativos en violencia de género podrían aplicarse durante la instrucción, como alternativa al proceso si el delito es de menor gravedad y siempre condicionado a que no se repitan conductas iguales o similares.

Antes del juicio podría el maltratador en la línea de lo que hemos visto, beneficiarse de algunos mecanismos ya contemplados en la ley, como las sentencias de conformidad, atenuante de reparación del daño, suspensión de la pena...

[Datos&idp=1254735573206#:~:text=El%20n%C3%BAmero%20de%20mujeres%20v%C3%ADctimas,ceci%C3%B3n%20un%203%2C6%25.](#)

⁸³⁵ Del Pozo Pérez, M. (2010), “¿Es adecuada la prohibición de mediación del art.22.5 de la Ley Orgánica 1/2004?”, en F. Martín Diz (coord.) “La mediación en materia de familia y derecho procesal: Estudios y análisis”, Andavira, Santiago de Compostela, pp. 291-320.

⁸³⁶ No todas las metodologías tienen que acabar necesariamente en una reunión conjunta, en ocasiones lo más restaurativo que puede hacer el facilitador es usar reuniones indirectas, envío de cartas, grabar videos, víctimas subrogadas.etc. Es cierto que la reunión conjunta favorece la sanación de las víctimas y la asunción de responsabilidad del infractor de una manera más eficaz, pero a veces no será viable.

O estando ya en prisión, en cuyo caso podría ser, de forma similar a lo que hemos visto para agresores sexuales y otros infractores de otros delitos, un complemento a los programas de tratamiento, en este caso al que ya existe para maltratadores.

Incluso de forma similar a los programas individuales propuestos para infractores en prisión, se podrían poner en marcha para un grupo de víctimas de estos delitos. Y esto nos llevaría a nuestra siguiente propuesta que no es otra que una regulación expresa de justicia restaurativa en nuestra legislación.

Como dice Pelikan (2008) “No todos los maltratadores cambiarán, pero sí tendremos víctimas más fuertes”.

C) Incorporar una regulación más pormenorizada de la justicia restaurativa en nuestras leyes y no limitada a la mediación penal.

Una conclusión importante para lograr un auténtico enfoque restaurativo en la gestión de los delitos sería la necesidad de contar con más referencias en nuestras leyes a la justicia restaurativa ya que actualmente solo el Estatuto de la Víctima la menciona expresamente. Para esto, nuestras propuestas irían en varios sentidos, en primer lugar, habría que incorporar la justicia restaurativa como tal y no herramientas concretas, por eso, no consideramos conveniente reducir todas las posibilidades de aplicación de esta justicia a solo una herramienta: la mediación víctima-ofensor.

Para ello, creemos que más que hacer una ley específica sobre la materia debería introducirse referencias a la justicia restaurativa en las leyes existentes o sus posibles reformas. Ya hemos visto varias propuestas de ley de enjuiciamiento criminal que se han realizado en estos años y el análisis sobre su contenido en justicia restaurativa que a todas luces creemos se quedaría un poco corto. Si se hacen referencias más completas a esta justicia, se va a facilitar su uso de forma general y sobre todo se va a ayudar a generar confianza en esta institución por parte de los operadores jurídicos, algo indispensable para la coordinación y el trabajo de los servicios de justicia restaurativa.

Siguiendo el modelo de la ley nacional del sistema integral de justicia penal para adolescentes de México nos parecería interesante **incluir una definición de justicia restaurativa pero no como metodología sino en sentido amplio** y para ello apostamos por la de las Naciones Unidas o un equivalente. Consideramos importante una definición

de justicia restaurativa que la tenga en cuenta como paradigma de justicia. Esto nos dará la posibilidad de aplicar diferentes prácticas restaurativas pero también programas individuales como el propuesto u otras prácticas restaurativas diversas. La importancia de una definición clara y amplia es para no limitar su uso exclusivo a solo determinadas herramientas.⁸³⁷

En México hicieron suya la definición de las Naciones Unidas y su concepto de justicia restaurativa⁸³⁸ resulta muy interesante y ayuda a entenderla un poco mejor.

Una vez establecida una definición sería conveniente incluir **qué implica un proceso restaurativo: reuniones previas y reuniones conjuntas y cuales sería los objetivos:** la atención a las necesidades individuales y colectivas como la reparación y la responsabilización del ofensor.

Asimismo, nuestra apuesta sería similar a la ley mencionada e incluir **las clases de herramientas reunión víctima ofensor, conferencias y círculos explicando brevemente en qué consiste cada una de ellas.** Si acaso, se puede **hacer referencia a parte a la mediación que quedaría como hemos visto para conflictos en los que hay un equilibrio y corresponsabilidad en el surgimiento del mismo. Pero siempre teniendo claro que mediación no es justicia restaurativa.**⁸³⁹

Se debería incluir que en todas las herramientas para aplicar la justicia restaurativa que se mencionan, se **deben realizar todas las reuniones previas**⁸⁴⁰ **que a criterio del**

⁸³⁷ Un ejemplo de esto es España, donde la herramienta más usada en la reunión víctima-ofensor pero sin embargo y, como hemos visto, no es la más restaurativa porque deja fuera a la comunidad. Para más información respecto de cómo se pueden usar los programas individuales y los programas de encuentro en justicia restaurativa, de la importancia de la participación de la comunidad y de la variedad de prácticas restaurativas, se recomienda la lectura: Wachtel, T (2002) Qué son las prácticas restaurativas. Instituto Internacional de Prácticas Restaurativas, pp. 4 a 5.

<http://www.iirp.edu/pdf/Defining-Restorative-Spanish.pdf>.

⁸³⁸ Como ya hemos visto el artículo 21 de la mencionada ley mexicana habla del principio de justicia restaurativa y para esto la define de la siguiente manera:” una respuesta a la conducta que la ley señala como delito, que respeta la dignidad de cada persona, que construye comprensión y promueve armonía social a través de la restauración de la víctima u ofendido, la persona adolescente y la comunidad”.

⁸³⁹ En este sentido, debemos destacar la importancia de esta ley mexicana que ya distingue perfectamente la posibilidad de usar mediación en el capítulo II y procesos restaurativos en el capítulo III y además para evitar confusiones llama a la mediación penal reunión víctima-ofensor. Quedaría para la mediación aquellos conflictos que muchas veces llegan a los servicios en forma de delito y son problemas de convivencia, o aquellos en los que hay denuncias cruzadas...en definitiva, para aquellos casos en los que no hay un desequilibrio de poder, sino que todos han contribuido al conflicto.

⁸⁴⁰ Un problema para la regulación sería los plazos rígidos; no se puede saber si un caso llevará más tiempo o menos tiempo a través de la justicia restaurativa, suele pensarse como mecanismos para agilizar los juzgados, pero no es así puede llevar incluso más tiempo. No debemos olvidar que en justicia restaurativa se trabaja el aspecto emocional y no sólo legal del delito.

facilitador debidamente formado sean necesarias para el éxito del proceso y que las prácticas restaurativas se podrían realizar durante la instrucción, antes del juicio, después de la sentencia o incluso estando el infractor en prisión. Otro aspecto importante sería la **eficacia de los acuerdos y los efectos que producirían el proceso penal; sería interesante hablar de que no será participar en un proceso restaurativo un beneficio en sí mismo,** sino que por el hecho de participar el infractor se ha responsabilizado, ha reparado y escuchado a la víctima, entonces en base a esto la ley si contempla beneficios que ya hemos visto, tanto en el ámbito penal como penitenciario.

Respecto de los aspectos procesales debería pensarse **quién derivará; lo ideal sería permitir que las partes puedan solicitar el proceso de justicia restaurativa además de la derivación por los órganos judiciales.**

Por último, se debería concretar los servicios de justicia restaurativa, vimos que en el Estatuto de la Víctima y el Real Decreto que lo desarrolla no lo deja claro pero entendemos que deberían ser servicios similares a los de asistencia a la víctima ⁸⁴¹ con funciones diferenciadas, unos de asistencia y otros de justicia restaurativa. Y, por supuesto, igual que ocurre en todos los lugares deben regularse como públicos y gratuitos que es lo que se desprende el Estatuto de la Víctima. Es decir, deberían institucionalizarse.

No consideramos recomendable incluir un catálogo cerrado de delitos susceptibles de justicia restaurativa sino más bien estar al caso concreto y sus circunstancias⁸⁴². Asimismo, es esencial la formación del facilitador y, como ha quedado claro, si mediación no es justicia restaurativa no es suficiente con formación en mediación. Como dice Zehr⁸⁴³ ” en ocasiones resulta mucho más complicado educar en justicia restaurativa a personas que son mediadores “. En este sentido, nuestra apuesta sería crear una Ley

⁸⁴¹ En este sentido el presidente del Tribunal Superior de Castilla y León quiso crear una macro oficina e incluir los Servicios de justicia restaurativa, pero este proyecto nunca se pudo llevar a cabo, por las sucesivas negativas del Ministerio de justicia de la época. <https://www.eldiadevalladolid.com/noticia/Z79A3FE8B-AB39-6E28-E3A15A5B6CEEA958/201510/el-tsj-abrira-en-breves-dias-una-oficina-de-apoyo-a-victimas-de-delito>

⁸⁴² Lo hemos reiterado en más ocasiones; además entendemos que puede ser una cuestión controvertida pero sobre todo desde el punto de vista teórico más que desde la práctica. En aquellos lugares donde se aplica a priori en cualquier clase de delito y fase del proceso se ha demostrado la utilidad y el menor coste de inversión. A estos efectos se recomienda leer la página de Restorative Justice Consortium de Reino Unido <https://restorativejustice.org.uk/resources/evidence-supporting-use-restorative-justice> Es una cuestión de desterrar la idea de asociar justicia restaurativa con desjudicialización, agilizar la justicia y evitar el juicio. Se trata de ofrecer a víctimas y ofensores otras posibilidades complementarias al proceso para tener protagonismo directo, contar como les afectó lo vivido y ver cómo se pueden hacer las cosas bien.

⁸⁴³ Op.Cit. Zehr, pp.10.

Integral sobre Justicia Restaurativa que contemple de forma amplia y profusa diferentes aspectos teóricos y prácticos para su aplicación o bien incorporar esta regulación dentro de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. También nos parecería interesante generalizar los programas de justicia restaurativa dentro de los centros penitenciarios e incluir posibles beneficios que alcanzarían los internos no por participar sino porque gracias a estos programas se habrán comprometido a reparar el daño e incluso a no volver a delinquir a su salida.

D) Configurar la justicia restaurativa como alternativa al juicio en casos más leves.

Un aspecto esencial de este trabajo sería la de no reducir la aplicación de la justicia restaurativa a delitos leves, la idea es que siempre será posible su uso, dentro de las garantías y respetando los principios básicos de la institución y del propio sistema penal y penitenciario. Sin embargo, no podemos olvidarnos de que su uso en delitos leves es también importante y sería acertado generalizar la repercusión que pudiera tener en el proceso penal.

Nuestra propuesta sería permitir siempre que sea posible su tramitación de forma alternativa al proceso penal tradicional a través de diferentes prácticas restaurativas. El legislador español en la LO 1/2015 de 30 de marzo de marzo por la que se modifica el Código Penal (CP) y la Ley 41/2015 de 5 de octubre de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim) para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales optó por la derogación de las faltas, gran parte de las cuales se dispersaron por el libro II del Código Penal y el mantenimiento del mismo procedimiento para su enjuiciamiento.

Ello ha supuesto según José Vicente Guillamón Senent⁸⁴⁴ “que los problemas que generaba el enjuiciamiento de las faltas se mantienen, añadiéndose nuevos como la gran inseguridad jurídica creada al dispersar las infracciones por el articulado del Código Penal, así como los derivados de la ampliación del catálogo de infracciones a enjuiciar por el procedimiento de delitos leves por mor del actual artículo 13.4 del Código Penal”. Estos delitos leves pueden tener una escasa repercusión a efectos legales, pero no así a

⁸⁴⁴ Guillamón Senent, JV. (2017) “*Los delitos leves: aspectos sustantivos y procesales*”, recuperado de <https://docplayer.es/72745877-Juicio-por-delito-leve-y-garantias-procesales-jose-vicente-guillamon-senent-fiscal-de-la-fiscalia-provincial-de-valencia.html> pp.2

efectos sociales, ya que la mayoría tienen trascendencia en la vida cotidiana de las personas. Muchos de estos delitos son problemas de convivencia, de relaciones ...que llegan a los juzgados en forma de delito. El proceso rebaja su importancia, pero el resultado tiene gran impacto en el ciudadano.⁸⁴⁵

A esto se añade la confusión que se ha creado sobre la postulación procesal ya que cuando existían las faltas, tanto denunciante como denunciado podían acudir al juicio sin abogado ni procurador, en la actualidad con los delitos leves existe un arco de delitos que sí necesitarían la presencia de abogado y procurador.⁸⁴⁶ Esta escasa importancia que el legislador ha querido dar a determinados delitos ha hecho que se incluyera ciertas manifestaciones del principio de oportunidad,⁸⁴⁷ permitiendo según el Preámbulo de la LO 1/2015 (apartado XXXI, 21º y 22º) bajo los siguientes términos: “La reforma se completa con una revisión de la regulación del juicio de faltas que contiene la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que continuará siendo aplicable a los delitos leves. En el caso de las infracciones de menor gravedad (los delitos leves) existen habitualmente conductas

⁸⁴⁵ Muchos delitos que recibimos en los servicios de justicia restaurativa son delitos leves generalmente las personas tienen una relación que no pueden romper, por ejemplo de vecindad, y la resolución de estos, es igualmente impactante en la vida de estas personas. Incluso su gestión a través de la justicia restaurativa es problemática ya que se derivan tarde y el conflicto que originó la denuncia y el delito se ha enquistado hasta puntos insospechados. La idea sería adelantar la remisión a procesos restaurativos sin judicializarlos para lograr una resolución más temprana, eficaz y satisfactoria que evite la escalada del conflicto.

⁸⁴⁶ El catálogo de delitos leves cuya gestión procesal necesita asistencia letrada sería el siguiente: 152.2: lesiones con imprudencia menos grave y con resultado art 149 y 150, pena de multa de 3 a 12 meses, 163.4: detención ilegal por particular atenuada, pena de multa de 3 a 6 meses, 209 in fine: injurias graves sin publicidad, pena de 3 a 7 meses, 236.1: hurto de cosa propia de más de 400 €, pena de multa de 3 a 12 meses, 245.2: ocupación inmueble ajeno, pena de multa de 3 a 6 meses, 246.1: alteración de lindes de más de 400 €, pena de multa de 3 a 18 meses, 247.1: distracción de aguas de más de 400 €, pena de multa de 3 a 6 meses, 254.1: apropiación indebida de cosa mueble ajena fuera de los supuestos del art 253, única multa de 3 a 6 meses, 255.1: defraudación de fluidos de más de 400 €, pena de multa de 3 a 12 meses, 256.1: defraudación telecomunicaciones de más de 400 €, pena de multa de 3 a 12 meses. 267: daños por imprudencia grave, pena de multa de 3 a 9 meses, 324: daños por imprudencia grave en patrimonio histórico, pena de multa de 3 a 18 meses, 337.2: maltrato de animales domésticos o en espectáculos no autorizados legalmente, pena de multa de 1 a 6 meses, 337 bis: abandono de animales domésticos, pena de multa de 1 a 6 meses, 397: emisión certificado falso por facultativo, pena de multa de 3 a 12 meses, 399.1: falsificación de certificación, pena de multa de 3 a 6 meses, 399.2: uso de certificado falso, pena de multa de 3 a 6 meses, 456.1.3º: denuncia falsa de delito leve, pena de 3 a 6 meses, 465.2: destrucción documentos o actuaciones judiciales por particular, pena de multa de 3 a 6 meses, 470.3: tipo atenuado ayuda a evasión de presos, pena de multa de 3 a 6 meses.

⁸⁴⁷ Consideramos en cierta medida, este principio de oportunidad importante para poder gestionar el resultado restaurativo que pueda darse en un delito leve en la realidad jurídica. Mientras en delitos graves hemos visto y valorado que el resultado se incorpora a proceso usando mecanismos existentes como atenuante de reparación del daño, o sentencias de conformidad, en delitos leves no existían estas posibilidades y cuando las partes llegan a un acuerdo, aun así, son citados a juicio. Los facilitadores de los servicios les indican no asistir para que así el juzgado de instrucción pueda emitir una sentencia absolutoria. Sin embargo, esta forma de actuar causa mucha incompreensión en las partes, pues no entienden que a pesar de llegar a un acuerdo satisfactorio y no queriendo continuar con el proceso, la “maquinaria judicial” los siga citando a juicio. Ahora podemos hacer uso de este principio y evitar que sean citados dando por bueno el acuerdo alcanzado a través de un proceso restaurativo.

que resultan típicas pero que no tienen una gravedad que justifique la apertura de un proceso y la imposición de una sanción de naturaleza penal, y en cuya sanción penal tampoco existe un verdadero interés público.

Para estos casos se introduce, con una orientación que es habitual en el derecho comparado, un criterio de oportunidad que permitirá a los jueces, a petición del Ministerio Fiscal, valorada la escasa entidad del hecho y la falta de interés público, sobreseer estos procedimientos”.

Nuestra conclusión sería hacer uso generalizado de este principio de oportunidad evitando la judicialización de determinados delitos de escasa entidad⁸⁴⁸ y así dar solución legal al acuerdo que se pueda lograr. Esto sería congruente con el espíritu de la reforma mencionada, produciría una cierta agilización de los juzgados (aunque siempre debemos dejar claro que el objetivo de la justicia restaurativa en ningún caso es este) y sobre todo permitiría evitar judicializar determinadas conductas que realmente en origen no son delictivas.

Nuestra segunda propuesta sería ir un poco más allá y basándonos en la justicia cívica⁸⁴⁹ que se ha implementado en algunos lugares de México evitar la llegada de estos delitos a los juzgados, gestionándolos en la comunidad. El objetivo de esta llamada justicia cívica sería facilitar y mejorar la convivencia en una comunidad y evitar que los conflictos escalen a conductas delictivas o actos de violencia.

⁸⁴⁸ El Artículo 963 de la ley de enjuiciamiento criminal:

1. Recibido el atestado conforme a lo previsto en el artículo anterior, si el juez estima procedente la incoación del juicio, adoptará alguna de las siguientes resoluciones:

1.ª Acordará el sobreseimiento del procedimiento y el archivo de las diligencias cuando lo solicite el Ministerio Fiscal a la vista de las siguientes circunstancias:

a) El delito leve denunciado resulte de muy escasa gravedad a la vista de la naturaleza del hecho, sus circunstancias, y las personales del autor, y

b) no exista un interés público relevante en la persecución del hecho. En los delitos leves patrimoniales, se entenderá que no existe interés público relevante en su persecución cuando se hubiere procedido a la reparación del daño y no exista denuncia del perjudicado.

⁸⁴⁹ De esta forma la justicia cívica, sería “conjunto de procedimientos e instrumentos de Buen Gobierno orientados a fomentar la Cultura de la Legalidad y a dar solución de forma pronta, transparente y expedita a conflictos comunitarios que genera la convivencia cotidiana en una sociedad democrática. Tiene como objetivo facilitar y mejorar la convivencia en una comunidad y evitar que los conflictos escalen a conductas delictivas o actos de violencia. Esto a través de diferentes acciones tales como: fomento y difusión de reglas de convivencia, utilización de mecanismos alternativos de solución de controversias, y atención y sanción de faltas administrativas; todo lo anterior sin perjuicio de los usos y costumbres de los pueblos indígenas y de sus comunidades”, recuperado de https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/281131/Modelo_Justicia_Civica_Aprob_CNSP.pdf

En México sería el juez de justicia cívica, el encargado de enviar el caso a justicia restaurativa. Mientras la policía debidamente forma en justicia restaurativa sería la encargada de gestionar conflictos que tengan lugar en la comunidad y puedan gestionarse in situ.

Somos conscientes de que esta realidad de México no es extrapolable de forma lineal a España, sin embargo, podemos adaptarla a nuestras circunstancias a través de los juzgados de paz.

Por eso, consideramos que se podrían dejar los delitos leves de mayor importancia para su gestión en los juzgados de instrucción pudiéndose hacer uso del principio de oportunidad en los supuestos que menciona la ley de enjuiciamiento criminal y que deja en parte al arbitrio del Ministerio Fiscal esta posibilidad, y enviar los delitos leves a competencia de los juzgados de paz⁸⁵⁰.

De esta forma, igual que el juez de justicia cívica el juzgado de paz solicitaría que el caso se enviara a justicia restaurativa⁸⁵¹ para su gestión más eficaz y satisfactoria, solo en el caso en que no se llegue a una resolución o las partes no quisieran participar resolvería el juzgado de paz. Para este fin sería conveniente proveer a quién va a desarrollar la función de juez de paz de la formación adecuada en justicia y prácticas restaurativas, todo ello para que puedan actuar con las debidas garantías a la hora de enviar los posibles casos al servicio de justicia restaurativa.⁸⁵²Y nuestra última propuesta de desjudicialización sería que la policía cuando recibiera una denuncia de un delito leve, de los que se podría hacer

⁸⁵⁰ Para conseguir esto, sería necesario devolverlos las competencias ya que tras las reformas se redujeron muchas de sus competencias en el ámbito penal en favor de los juzgados de instrucción a este respecto con la LO 1/2015, de 30 de marzo de reforma del CP se modifica también la Lecr y en concreto a nivel competencial de los procedimientos por delitos leves se atribuyen al juez de instrucción o al juez de violencia contra la mujer. Y así, señala el art. 14.1 LECrim que:

«1. Para el conocimiento y fallo de los juicios por delito leve, el Juez de Instrucción, salvo que la competencia corresponda al Juez de Violencia sobre la Mujer de conformidad con el número 5 de este artículo.»

Y en cuanto a los jueces de violencia contra la mujer el apartado 5º, letra d) atribuye a estos:

«d) Del conocimiento y fallo de los juicios por las infracciones tipificadas en el párrafo segundo del apartado 7 del artículo 171, párrafo segundo del apartado 3 del artículo 172 y en el apartado 4 del artículo 173 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, cuando la víctima sea alguna de las personas señaladas como tales en la letra a) de este apartado.»

⁸⁵¹ Para esto deberían generalizarse los servicios institucionalizados de justicia restaurativa y estar a disposición tanto de los juzgados como de los juzgados de paz. El proceso se podría gestionar de una forma más eficaz y cercana a las realidades de las personas, dándoles una respuesta más ágil y adecuada a sus necesidades actuales.

⁸⁵² Puesto que los juzgados de paz solo serían los encargados de realizar la derivación al servicio correspondiente, su formación podría ser más superficial pero si deberían conocer aspectos básicos como su concepto, principios, funcionamiento y beneficios.

un catálogo, pudiera antes de tramitar esta denuncia enviar el caso a los servicios de justicia restaurativa. Si el resultado fuera positivo, la denuncia no se tramitaría dejando constancia que se solucionó por justicia restaurativa, sin necesidad de enviarlo al juzgado. Si el resultado fuera negativo entonces se enviaría. En todo caso, la ratificación de los acuerdos y el seguimiento de su cumplimiento se realizaría por los servicios de justicia restaurativa que debieran contar con profesionales con formación específica en la materia y con experiencia en facilitar procesos restaurativos.

De esta forma, se daría una oportunidad de su gestión a través del diálogo, eliminando la tensión y ansiedad que crea la idea de que tu caso se gestione a través de los tribunales especialmente en situaciones delictivas que en origen son conflictos⁸⁵³ mal gestionados.

Una vez que como conclusiones hemos hecho una serie de propuestas encaminadas a implementar la justicia restaurativa como alternativa y/o complemento al derecho penal y penitenciario, valorando que hay recursos, instituciones y marco legal para su realización queremos concluir con una frase que dijo Braithwaite y que viene a resumir lo que se ha venido relatando:

“No se trató de reemplazar la justicia punitiva con la justicia restaurativa. De hecho, la evidencia demuestra que una combinación de estas dos, entrega un excelente resultado”
*John Braithwaite*⁸⁵⁴.

⁸⁵³ Incluso en algunos lugares como Noruega existen servicios de justicia restaurativa institucionalizados, y que a la vez, cuentan con una lista de facilitadores debidamente formados pero que son ciudadanos, con otras profesiones y que para casos leves que no llegan al juzgado son llamados para que ellos se encarguen de su gestión. La idea es que se mantenga la esencia de que la justicia restaurativa es la justicia de la comunidad, por tanto, la gestión se hace por la comunidad y para la comunidad.

⁸⁵⁴ “La justicia restaurativa no es impunidad” 18 de junio de 2019. Visto el 23 de junio de 2019. https://www.elespectador.com/colombia2020/justicia/jep/la-justicia-restaurativa-no-es-impunidad-john-braithwaite-articulo-866444?fbclid=IwAR39Iu3HfMALyoUkBOrKLaNzveQfXCbm2daCzhsZkLN_EmSR7NTKEm0HDqA

ANEXO I.

Programa de justicia restaurativa-reconexión.

Justificación.

La justicia restaurativa se puede definir según las Naciones Unidas como una respuesta evolucionada al crimen que respeta la dignidad y equidad de cada persona, construye comprensión y promueve armonía social a través de la sanación de víctimas, infractores y comunidad. Por tanto, la justicia restaurativa sería una forma de abordar el delito o más bien las consecuencias del delito. Parte de que el delito genera daños, estos daños producen una serie de necesidades y son los directamente afectados por el delito, los que deben tener la oportunidad de participar en cómo gestionar el impacto que el delito ha tenido en sus vidas: víctima, infractor y comunidad son los protagonistas para la justicia restaurativa. De hecho, las prácticas y todos los programas restaurativos se centran en tres ideas:

- La mejor atención a las necesidades de las víctimas (reparación del daño, ser oída, empoderada...).
- La oportunidad del infractor de asumir el daño causado y realizar las acciones necesarias para compensarlo o mitigarlo.
- Favorecer la reconexión de ambos con la comunidad, para fortalecer de esta forma los lazos sociales y los vínculos con el grupo (sociedad).

Para aplicar la justicia restaurativa se pueden poner en marcha diferentes programas que serán totalmente restaurativos si incluyen a víctima-infractor y comunidad.

Mayormente restaurativos sin incluyen a la víctima directa y al infractor y parcialmente restaurativos si trabajan con los infractores, con las víctimas o con la comunidad por separado.

Ejes del programa de justicia restaurativa para penados de delitos graves o con repercusión social próximos a su salida de prisión.

- 1- Exploración de su agresividad. Se trabajará sobre cómo la violencia ha estado presente en sus vidas y en qué medida ha influenciado su vida.
- 2- La asunción de responsabilidad del infractor. Habrá que distinguir responsabilidad de reconocimiento. Si se fuerza la responsabilización del infractor o se acepta de forma rápida su responsabilización, sin profundizar en los motivos, se corre el riesgo de que esta no sea adoptada por motivos correctos, no siendo probable que haya un cambio favorable y positivo en el infractor. Por el contrario, si se parte del reconocimiento de que su conducta no ha sido la más adecuada, se puede conseguir un cambio de actitud más positivo.
- 3- El compromiso de realizar un cambio en su vida personal. Como fruto de las anteriores, el último eje versará sobre la reconexión del infractor de nuevo en la comunidad y en su familia, como una persona “nueva”. Se ahondará en cómo esperan su vida en libertad, expectativas, miedos y realidades.
- 4- Se examinará a quién perjudicaron con sus acciones, reflexionando qué posibilidades tienen de reparar o compensar el daño, si fuera posible.
- 5- Después de este punto, se examinará de comenzar procesos restaurativos individuales víctima-victimario, si fuera posible, si no se podría incorporar testimonios de víctimas de delitos similares (víctima subrogada y a través de los paneles de víctimas).
- 6- Se trabaja sobre la posibilidad de seguir con el programa fuera de prisión (solo una posibilidad).

Objetivos generales.

Que los participantes valoren el impacto de sus acciones, reflexionen sobre los perjudicados y valoren un cambio de vida a su salida de prisión, explorando miedos, expectativas y necesidades.

Objetivos específicos.

1. Presentación: establecer valores y lineamientos de conducta. Crear sentido de pertenencia y comunidad dentro del grupo.
2. Ayudar al penado a entender el impacto de sus acciones y su asunción de responsabilidad.
3. Fomentar en ellos/as una actitud de reflexión sobre las posibilidades de compensar el daño ocasionado.
4. Fortalecer los lazos sociales del infractor y su familia, siempre que sea posible.
5. Propiciar que, a la salida de prisión, puedan seguir un compromiso de cambio de vida.

Desarrollo.

1. **Primera fase, infractores cuya salida de prisión no sea muy lejana en el tiempo.**

Destinatarios:

Grupo de infractores de delitos similares, preferiblemente que revistan cierta gravedad (se pueden hacer varios grupos deben ser delitos similares: ejemplo robo con violencia e intimidación, lesiones, agresiones sexuales, terrorismo, tráfico de drogas, homicidios...).

10 o 12 sería el número ideal (aunque dependerá del delito y de las circunstancias de los participantes).

Herramienta por utilizar:

Círculos de seguimiento.

Desarrollo-tipo de un círculo (con variaciones dependiendo de las sesiones y los temas a tratar).

Bienvenida.

A) construyendo el contenedor de la conversación difícil.

-Ceremonia de apertura.

-Establecer el propósito del Círculo.

- Ronda Pieza del habla cómo funciona y que significa.

- Generar valores que ayuden al círculo para una buena conversación en este caso el valor a la familia.

- Ronda Generar lineamientos para el círculo, reglas y preguntar si el círculo está de acuerdo con ellas.

- Ronda cuéntenos una historia sobre ti. Sobre aquella vez que.... (Esta ronda no se trata de la situación actual).

B). Tomando perspectiva.

¿Qué pasó entonces, o que escuchaste que pasó, qué está pasando ahora? Se invita a los participantes a hablar de su situación, por qué están en el círculo y qué esperan.

C) Pensamientos, sentimientos y empatía pensando en los demás.

Se invita a pensar en los afectados por el delito, en ellos mismos como afectados y en sus seres queridos.

D) Fortalezas.

Se buscarán los aspectos positivos de cada participante, cualidades positivas, virtudes.

E) Necesidades, confianza y empoderamiento.

¿Qué necesitas para que las cosas estén en orden y puedas superar este problema?. ¿Cómo crees que podéis reparar o compensar el daño?. ¿Qué expectativas tenéis al salir de prisión?. ¿Cómo veis vuestro futuro?. ¿Cuáles son vuestras necesidades?.

f) Cerrando el círculo. Algo que añadir, alguna cuestión que queréis que tratemos el próximo día.

g) Agradecimientos.

Duración de la primera fase: entre 6 y 12 meses, dependerá del delito y de las circunstancias de los participantes.

Y de si es posible, pasar a una segunda fase o no. Si no fuera posible, pasar a una segunda fase...estos círculos podrían extenderse un poco más para continuar reflexionando sobre el delito, el impacto y cómo ven su vida fuera de prisión.

No siempre se seguirá el esquema completo del círculo, sino que se trabajará sobre la base de diferentes aspectos a tratar y dialogar; para eso se trazará diversos temas sobre los que versarán las sesiones, ejemplos:

Presentación: establecer valores y lineamientos de conducta. Crear sentido de pertenencia y comunidad dentro del grupo.

Introducción: Conocer los principios de la Justicia Restaurativa.

Violencia sufrida: Reconocer las experiencias de violencia que moldearon sus vidas.

Violencia ejercida: Identificar los patrones de comportamiento violento que han sido replicados durante sus vidas.

Rendición de cuentas: establecer la responsabilidad por los daños cometidos.

Reuniones una por semana o dos al mes, dependiendo de las circunstancias de los participantes.

Objetivos de esta primera fase:

- o Crear sentido de pertenencia y comunidad dentro del grupo, transmitiendo que sus sentimientos también importan.
- o Ayudarlos a entender el impacto de sus acciones y su asunción de responsabilidad.
- o Fomentar en ellos/as una actitud de reflexión sobre las posibilidades de compensar el daño ocasionado.
- o Fortalecer los lazos sociales del infractor y su familia, siempre que sea posible.
- o Ayudarlos a reconectar, por eso el proyecto lo llamamos RECONEXIÓN.

2- Segunda fase.

Objetivos Sensibilizarse al sufrimiento ajeno causado por la violencia a través de un Panel con víctimas del mismo delito, pero diverso agresor. Esto, como complemento a lo ya tratado en la primera fase.

Duración: 3 meses aproximadamente dependiendo necesidades de los participantes.

Destinatarios: el mismo grupo o los que quieran del grupo y alguna víctima de un delito similar que quiera compartir su historia. Si no fuera posible se trabajará con videos de testimonios de víctimas.

Objetivos específicos:

Reparación: que reconozcan y valoren el impacto de sus acciones, a quiénes han dañado y qué podrían hacer para compensar daño.

Generar empatía, a través de los testimonios y reflexión.

Herramientas:

Círculos de seguimiento o paneles de víctima (si se incluyen testimonios de víctimas en vivo). La estructura de los círculos será similar a la usada en la primera fase, si acaso con sesiones de menos duración.

3- Fase posterior a su salida de prisión.

Destinatarios: Cada miembro del grupo anterior y su familia si fuera posible.

Herramienta por utilizar:

Círculo de seguimiento y de diálogo, dependiendo de si estarán presentes solo los victimarios o también su familia) Será una herramienta mayormente restaurativa o totalmente.

Desarrollo:

a) **con su familia.**

Círculo de paz como práctica parcialmente restaurativa.

Desarrollo: similar al que se hizo durante los primeros meses dentro de prisión.

Se incidirá en los retos, expectativas y necesidades fuera de prisión, reforzando su idea de valorar los perjudicados y qué pueden hacer para compensar el daño. Estos círculos de paz con la familia serán de entre 2 a 4 sesiones (plazos recomendados, dependerá de las personas y las circunstancias).

b) **solo con los ofensores.**

Círculo de seguimiento como práctica parcialmente restaurativa.

Desarrollo: similar al que se hizo durante los primeros meses dentro de prisión.

Se incidirá en los retos, expectativas y necesidades fuera de prisión, reforzando su idea de valorar los perjuicios causados y qué pueden hacer para compensar el daño.

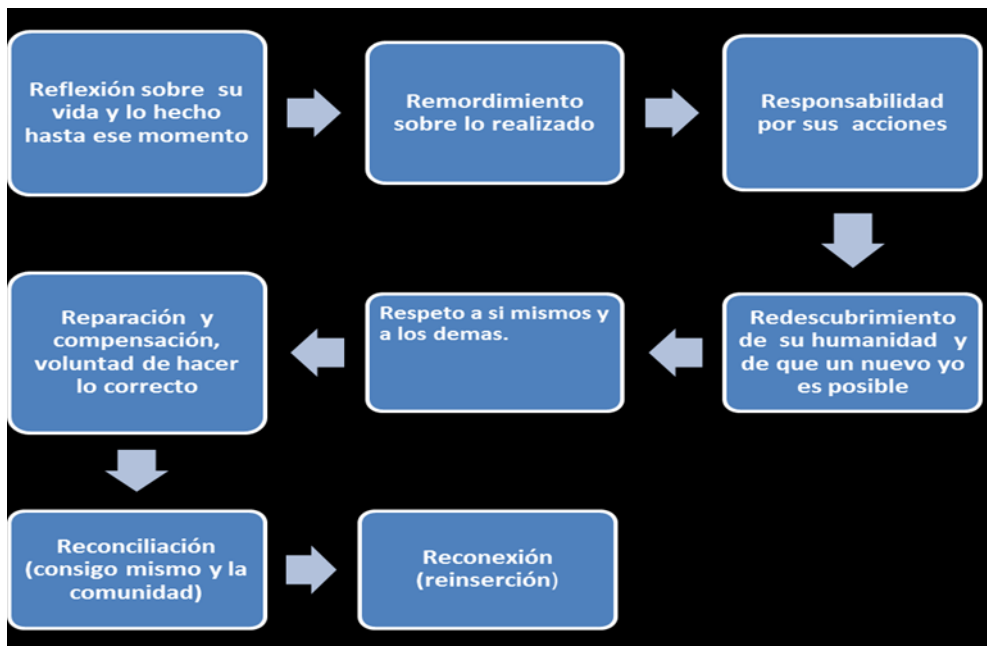
Estos círculos de seguimiento serán de mayor duración dependiendo las necesidades del grupo.

Duración total del programa.

Entre 9 y 18 meses (prorrogable hasta los 21 meses).

Necesidades materiales y humanas:

- o Espacio con sillas en círculo.
- o Folios y poshits.
- o Posibilidad de que alguna persona del centro pueda estar presente como participante y a la vez observador siempre de forma activa.
- o Se debería informar al menos con una o varias charlas de lo que implica este programa a las personas del establecimiento penitenciario y si fuera posible a los internos susceptibles de poder participar en el programa.



El producto final será que cada interno elabore un plan de reparación del daño y el objetivo final será la reinscripción lo que llamamos reconexión.

AMPLIACIÓN DEL PROGRAMA RECONEXIÓN.

Marta Cabrera⁸⁵⁵ "cuando las personas empiezan a hablar sobre su historia, la asumen y reflexionan sobre ello, encuentran sentido y significado a lo que están pasando...Esto es lo que nos hace poder continuar con nuestra vida".

JUSTIFICACIÓN

El programa reconexión está pensado para trabajar con personas privadas de libertad antes de su salida de prisión y después hasta un año.

Dentro de prisión se trabaja las fases del gráfico (mostrado en la página anterior) , se incluye aquí trabajar su voluntad de ver como reparar el daño, que elaboren incluso su

⁸⁵⁵ Cabrera, M. (2002)" Vivimos y sobrevivimos en un país multitudellos" recuperado de <https://www.envio.org.ni/articulo/1190>

plan de reparación, se llevarán testimonios de víctimas, (si no es posible lograr que alguna de las víctimas participen) y todo esto como paso que reconozcan el daño y decidan desistir del delito (sabemos que no es fácil de ahí la importancia del seguimiento fuera de prisión). Posteriormente después de su salida, la labor es ayudarlos a reconectar y mejorar su reintegración en la comunidad, tratar de valorar sus necesidades, ayudarlos a superar los retos y, sobre todo, que los miembros del grupo puedan ayudarlos en un momento dado, ellos han compartido dentro de prisión y saben lo que implica salir y los retos a los que se enfrentan.

El problema es que no podemos tener los participantes ideales y los habrá que saldrán antes de prisión y con ellos se seguirá con el programa fuera.

Pero existen otros que durante la duración del programa 21 meses en total seguirán en prisión, entonces ¿cómo completar el objetivo y ayudarlos fuera en el momento que salgan? Pues la idea es continuar realizando círculos de convivencia y diálogo, para estas personas que sigan en prisión tras la conclusión del programa reconexión.

PROPUESTA PARA LAS PERSONAS QUE SIGAN EN PRISIÓN AL CONCLUIR RECONEXIÓN.

Se ha generado un sentimiento de grupo entre todos los asistentes hasta el punto que reconocen que se ha mejorado la convivencia entre ellos, algunos ni se conocían.

El compartir con otros compañeros, los ayuda en su rutina, incluso entre ellos se dan consejos y ánimos.

Por eso el OBJETIVO ES:

- 1. Mantener vivo el grupo y su conexión entre ellos y con los facilitadores.**
- 2. Lograr que sigan esperanzados en que fuera pueden tener una oportunidad.**
- 3. Ser nexos con las personas de apoyo que los esperan fuera.**
- 4. Implicarles como ejemplo en otros posibles grupos que se hagan.**

Para esto proponemos:

- Seguir con los **círculos de diálogo y convivencia** pasados los 21 meses iniciales, será suficiente con dos veces al mes.

- Crear otros grupos y animarlos a participar no ya como simples asistentes sino como co facilitadores ayudando a las facilitadores en las dinámicas y en que el grupo funcione como ha funcionado con el suyo. También animarlos para que cuenten su experiencia y sirvan de inspiración para los nuevos participantes.

OBJETIVO FINAL

Cuando salgan ayudarlos a reconectar con los compañeros y ahora sí, realizar el trabajo con ellos hasta un año después de su salida.

ANEXO II.

Memoria del programa reconexión del año 2020.

INTRODUCCIÓN.

El primer grupo comenzó en abril de 2019 gracias al apoyo de Instituciones Penitenciarias fruto del acuerdo de colaboración que suscribimos ese mismo año y a la Dirección del Centro Penitenciario. La situación de este año 2020 no ha frenado nuestro trabajo y los tres meses que estuvimos confinados continuamos el programa sino al 100% al 80% a través de reuniones individuales y por carta, véase <https://elcorreodeburgos.elmundo.es/articulo/burgos/carteo-ordinario-seguir-trabajando-reconexion/20200607203241363253.html>

En noviembre de 2020 hemos comenzado un segundo grupo. Parte del éxito del programa es la selección que realiza la dirección del centro entendiendo que el programa de justicia restaurativa puede ser una continuación a los programas terapéuticos que hayan realizado o estén realizando los internos.

Algunas referencias al programa:

https://www.lavozdelpatio.es/assets/files/La_Voz_del_Patio_01_web.pdf

<https://diariodevalladolid.elmundo.es/articulo/castillayleon/carcel-burgos-ofrecera-presos-mediar-victimas/20191027105949353041.amp.html>

<https://infoprisiones.com/la-prision-de-burgos-sera-la-primera-en-aplicar-la-justicia-restaurativa>

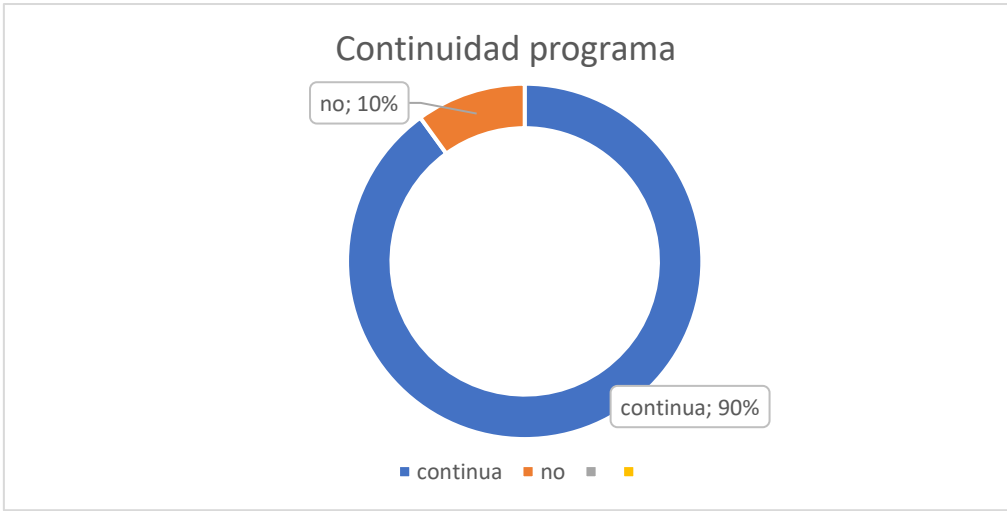
<https://www.burgosconecta.es/burgos/prision-burgos-primera-20190403174756-nt.html?ref=https%3A%2F%2Fwww.google.com%2F>

<https://www.diariodeburgos.es/noticia/ze58adf89-dee6-4bdc-e8216fadc35be7be/la-prision-de-burgos-estrenara-la-justicia-restaurativa>

DATOS DEL PRIMER GRUPO ABRIL 2019-MAYO 2021 (DEBIERA HABER CONCLUÍDO EN ENERO DE 2021 PERO ESTUVIMOS 3 MESES SIN PODER ENTRAR A REALIZAR EL PROGRAMA PRESENCIAL).

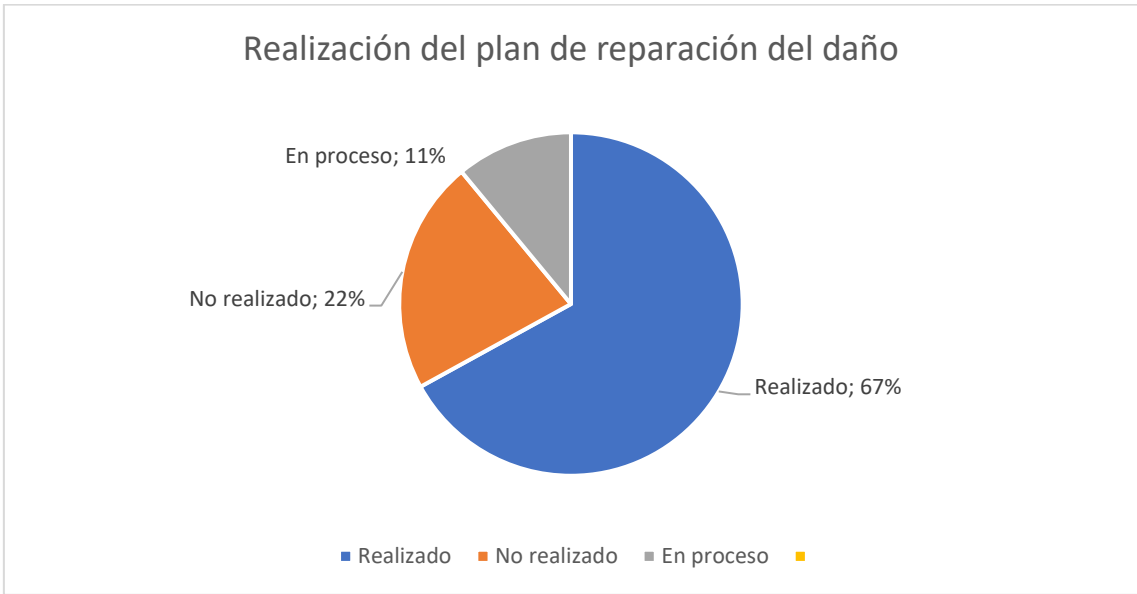
DENTRO DEL CENTRO PENITENCIARIO.

CONTINUAN EN EL PROGRAMA.

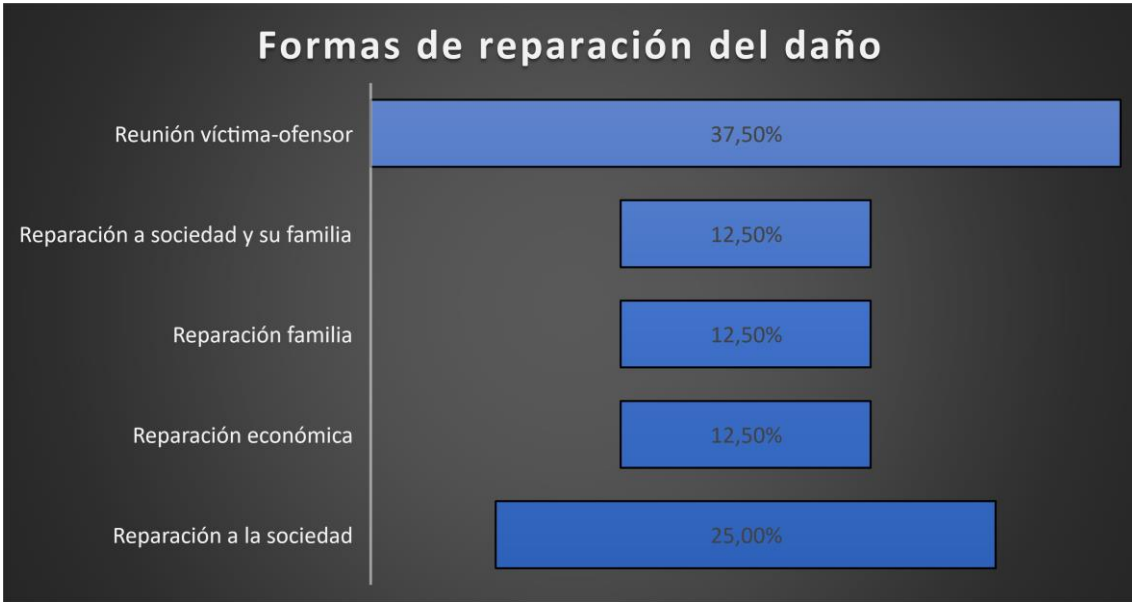


De **9 personas que siguen en el centro penitenciario 8 continúan en el programa**. La persona que acabó realizó una reunión víctima infractor y decidió que puesto que había cumplido con el objetivo del programa abandonaba antes de su finalización.

CUMPLIMIENTO DEL PLAN DE REPARACIÓN.



8 personas continúan con el programa 6 han realizado su plan de reparación del daño, 1 está a punto de realizarlo y 2 más todavía están pendientes.



Un mismo plan de reparación (7 en total, contando el de la persona que está en estos momentos realizándolo) contiene varias clases de reparación.

Cumplimiento actual del programa de reparación: acciones realizadas.

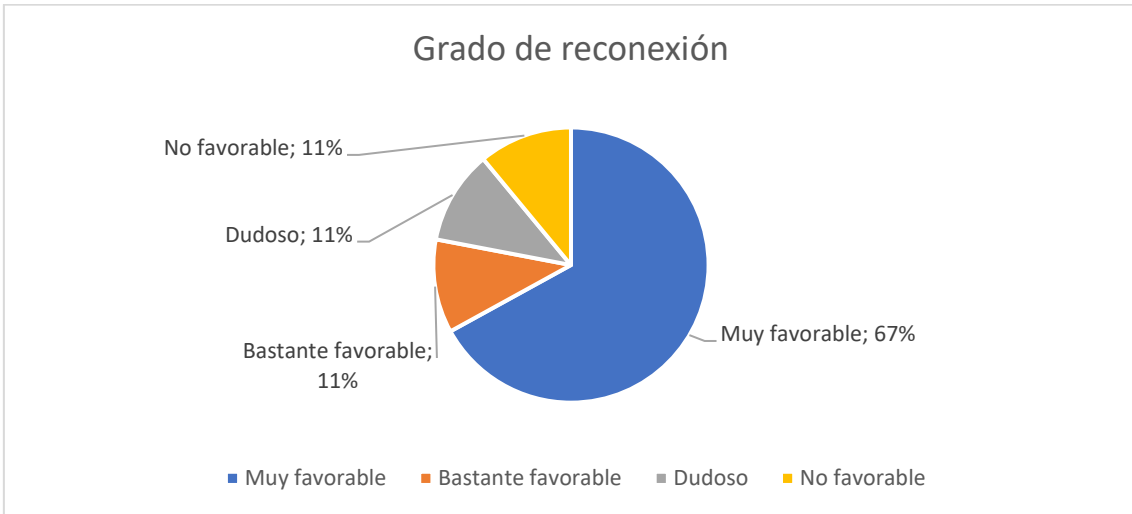
REUNIONES VÍCTIMA-OFENSOR 2

PAGO RESPONSABILIDADES DERIVADAS DEL DELITO 1

DONACIONES A ENTIDADES SOCIALES 1

TRABAJO PARA CÁRITAS (pendiente de que la situación del COVID mejore)

PRONÓSTICO DE RECONEXIÓN (REINSERCIÓN)



De los 9 que continúan dentro (aunque uno dejó el programa tras realizar una reunión víctima infractor) 6 consideramos que tiene pronóstico de reinserción muy favorable, 1 bastante favorable, 1 dudoso y 1 consideramos que no es favorable.

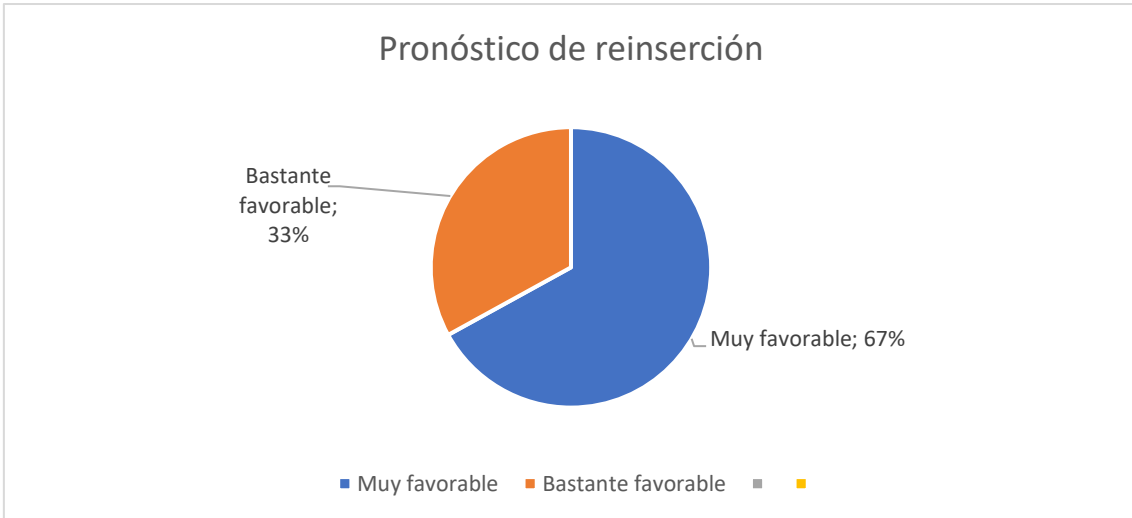
FUERA DEL CENTRO PENITENCIARIO.

ELABORACIÓN DE SU PLAN DE REPARACIÓN.



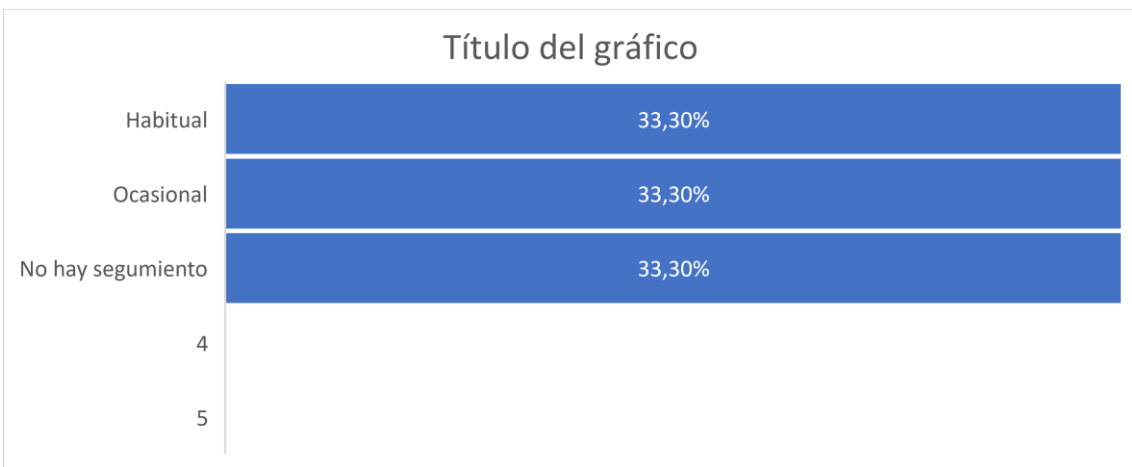
De los 3 que están fuera 1 realizó su plan de reparación. Entendemos que en este caso dos de los tres que ya están fuera salieron a los 5 meses de comenzar el programa y cuando están fuera sus expectativas son diferentes por tanto en este caso nos centramos en su reconexión (reinserción).

PRONÓSTICO DE REINSECCIÓN (RECONEXIÓN).



De los 3 que están fuera 2 consideramos que su pronóstico es muy favorable y 1 favorable.

CONTINUIDAD DEL PROGRAMA FUERA DEL CENTRO.



De los tres que están fueran del centro penitenciario, con una persona el programa sigue de forma habitual, a ello ha contribuido que vive en Burgos, otro participa de forma ocasional. Y una tercera persona de momento no se ha podido continuar en parte porque vive fuera del COVID y la situación no es la mejor para retomar contacto.

DATOS DEL SEGUNDO GRUPO NOVIEMBRE 2020- AGOSTO 2022.

Es un grupo de 10 internos, en este caso el proceso de selección ha mejorado puesto que se hicieron unas jornadas informativas sobre qué es justicia restaurativa y después se les invitó a quién estuviera interesado en participar enviará una instancia. En base a estas solicitudes y como siempre con muy buen conocimiento de los internos y sus posibilidades se hizo la selección. Este nuevo grupo además es multicultural contamos con personas de origen árabe, asiático y latinoamericano.

De momento, solo podemos valorar el grado de implicación y participación de este nuevo grupo pues llevan poco más de un mes, en los siguientes informes mensuales aportaremos nuevos avances.

SEGUIMIENTO.

Realización de informes mensuales sobre el programa de justicia restaurativa-reconexión que se envían a la dirección del centro, dirección general de ejecución penal y reinserción social y jefa del área de programas específicos de tratamientos, así como a la juez de vigilancia penitenciaria, cuyo apoyo es también esencial y a la fiscalía, un baluarte importante para nuestra entidad, que siempre ha colaborado con nosotros tanto a nivel estatal como autonómico y provincial.

Participación en el proyecto Centro penitenciario restaurativo de Burgos, un proyecto de los funcionarios, junto con la dirección al que nos hemos unido con gran ilusión y ganas de aportar. La idea central es que el Centro penitenciario funcione como centro restaurativo a nivel administrativo (funcionarios y otros trabajadores), tratamental y de justicia restaurativa como tal. Aspiramos a que dejen de considerarse como castigados y pasen a pensar que están en proceso de reflexión sobre qué hacer con su vida desde ese momento en adelante. Como parte de este proyecto; pueden consultar más en este enlace; https://www.institucionpenitenciaria.es/es/gabinete-de-prensa/notas-de-prensa?p_p_id=genericseeker_INSTANCE_uXD5z5Xpq9lu&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&genericseeker_INSTANCE_uXD5z5Xpq9lu_idArticle=4&genericseeker_INSTANCE_uXD5z5Xpq9lu_idPagination=0&genericseeker_INSTANCE_uXD5z5Xpq9lu_page=%2Fnew.jsp

Hemos realizado las siguientes actividades que pasarán a ser periódicas:

- Sesiones informativas sobre qué es justicia restaurativa para internos.

- Realización de los módulos transversales sobre qué es justicia restaurativa en los diferentes programas de tratamiento que así lo requieran.
- Realización del programa de justicia restaurativa-reconexión.
- Realización de diálogos restaurativos para perfiles de internos que así se consideren.
- Animar a los funcionarios y demás personal a conocer la justicia restaurativa, para ello es importante su participación en los programas aunque sea de forma esporádica.
- Charlas a funcionarios y personal sobre justicia restaurativa para reforzar la importancia de su trabajo, al ser los que más en contacto directo están con los internos. Son un puente importante entre los internos y su futura reinserción.

ANEXO III.

Programa de justicia restaurativa parcialmente restaurativa y/o mayormente restaurativo para agresores sexuales.

Introducción.

Por la tipología delictiva, el programa sería parcial o mayormente restaurativo y se trabajará con los ofensores y eventualmente con su círculo de apoyo a la salida de la prisión.

Ejes del programa de justicia restaurativa para penados por delitos de agresiones y /o abusos sexuales.

- 0- Creación y fortalecimiento del grupo (ellos están en la misma situación, es más probable que se genere empatía entre los participantes y sobre todo confianza para que si en un momento dado flaquean puedan recurrir al grupo).**
- 1- Exploración de su conducta. (Valorando los factores que hayan influido en su conducta y puedan alterar su percepción de lo sucedido, por ejemplo, estereotipos, vergüenza, técnicas de neutralización del delito...).**
- 2- La asunción de responsabilidad del infractor.** (Habría que distinguir responsabilidad de reconocimiento. Si se fuerza la responsabilización del infractor o se acepta de forma rápida su responsabilización, sin profundizar en los motivos, se corre el riesgo de que esta no sea adoptada por motivos correctos, no siendo probable que haya un cambio favorable y positivo en el infractor. Por el contrario, si se parte del reconocimiento de que su conducta no ha sido la más adecuada, se puede conseguir un cambio de actitud más positivo. Se debe reconocer, sacar a la luz y eliminar los posibles estereotipos que puedan tener sobre el delito cometido.
- 3- -El compromiso realizar un cambio en su vida personal comenzando por su voluntad de no volver a cometer los mismos o similares delitos.** Como fruto de las anteriores, este eje versará sobre la vuelta del infractor de nuevo en la comunidad y en su familia, y la repercusión para su entorno. Se ahondará en cómo esperan su vida en libertad, expectativas, miedos y realidades.

- 4- Se examinará a **quién perjudicaron con sus acciones, reflexionando qué posibilidades tienen de reparar o compensar el daño, promoviendo que elaboren su plan de reparación del daño a las víctimas**, con independencia de si finalmente se lleva a cabo o no.
- 5- Se incorporarán testimonios de víctimas de delitos similares con el propósito de reforzar su voluntad de no repetir el delito. Testimonios indirectos nunca directos.
- 6- Se trabaja **sobre la posibilidad de seguir con el programa fuera de prisión**. El grupo que se ha creado seguiría reuniéndose fuera a través de la práctica de los círculos de seguimiento. De esta forma, si en algún momento tienen debilidades o necesitan ayuda el grupo estará allí para apoyarlos.

Objetivos generales.

Que los participantes valoren el impacto de sus acciones, reflexionen sobre los perjudicados y valoren un cambio de vida a su salida de prisión, explorando miedos, expectativas y necesidades.

Objetivos específicos.

1. Crear comunidad, establecer valores y lineamientos de conducta. Crear sentido de pertenencia y comunidad dentro del grupo. Generar también confianza con los facilitadores.
2. Ayudar al penado a entender el impacto de sus acciones y su asunción de responsabilidad en este caso, nos interesa que vean el daño ocasionado y el impacto de sus acciones más que la responsabilización.
3. Fomentar en ellos una actitud de reflexión sobre las posibilidades de compensar el daño ocasionado y comprometerse a no volver a realizar conductas similares
4. Fortalecer los lazos sociales del infractor y su círculo de apoyo, si fuera posible
5. Propiciar que, a la salida de prisión, puedan seguir un compromiso de cambio de vida.

Desarrollo.

Primera fase, durante su estancia en prisión.

Destinatarios:

Grupo de infractores de delitos como agresiones y abusos sexuales.

(Entre 12 máximo).

Herramienta para utilizar:

Círculos de diálogo.

Duración de la primera fase: entre 10 y 12 meses, dependerá del tiempo que tenga todavía antes de su salida de prisión y si salen antes o tardarán más. No siempre se seguirá el esquema completo del círculo, sino que se trabajará sobre la base de diferentes aspectos a tratar y dialogar, para eso se trazará diversos temas sobre los que versarán las sesiones, ejemplos:

Presentación: establecer valores y lineamientos de conducta. Crear sentido de pertenencia y comunidad dentro del grupo.

Introducción: Conocer los principios de la Justicia Restaurativa, qué es justicia.

Preguntas empáticas: sobre su infancia, familia, aspiraciones, expectativas, personas importantes para ellos...

Rendición de cuentas: establecer la responsabilidad por los daños cometido eliminando los estereotipos sobre el delito para evitar su no responsabilización, ideas preconcebidas, discursos aprendidos...

Implicaciones para el futuro: como se ven en unos años, que necesidades tendrán para lograr la reinserción total, miedos, retos, expectativas...

Reuniones: una por semana o dos al mes, dependiendo de las circunstancias de los participantes. Es recomendable hacer una por semana al menos hasta crear un ambiente adecuado de colaboración y empatía entre los participantes en el grupo.

Objetivos de esta primera fase:

- Crear sentido de pertenencia y comunidad dentro del grupo, transmitiendo que sus sentimientos también importan.
- Ayudarlos a entender el impacto de sus acciones, eliminando las justificaciones y argumentos para dar apoyo al porqué del delito.
- Fomentar en ellos/as una actitud de reflexión sobre las posibilidades de compensar el daño ocasionado y su voluntad de no reiterar conductas similares.

- Fortalecer los lazos sociales del infractor y su familia, siempre que sea posible.
- Ayudarlos a creer en que es posible su vuelta a la comunidad como personas nuevas.

Segunda fase o bien durante su estancia en prisión o ya después de su salida.

Objetivos Sensibilizarse al sufrimiento ajeno causado por la violencia a través de un panel con víctimas de delitos similares, o con testimonios de víctimas de esos delitos a través de videos, cartas...etc. Esto como complemento a lo ya tratado en la primera fase.

Duración: 3 meses aproximadamente dependiendo de las necesidades de los participantes y, en especial, si están dentro si están fuera, se puede prolongar hasta 12 meses después.

Destinatarios: el mismo grupo o los que quieran del grupo si no fuera posible llevar a víctimas de delitos similares o no fuera recomendable, se trabajará con testimonios de víctimas preferentemente.

Objetivos específicos:

Reparación: que reconozcan y valoren el impacto de sus acciones, a quiénes han dañado y qué podrían hacer para compensar daño.

Generar empatía, a través de los testimonios y reflexión.

Herramientas:

Círculos de seguimiento o paneles de víctima (si se incluyen testimonios de víctimas en vivo, nunca sus víctimas directas). La estructura de los círculos será similar a la usada en la primera fase, si acaso con sesiones de menos duración.

Fase posterior a su salida de prisión.

Destinatarios: Cada participante original que a su salida de prisión de forma totalmente voluntaria quiera continuar. Será conveniente también realizar reuniones con cada participante y su círculo de apoyo para visualizar cómo les está yendo fuera de prisión.

Herramienta para utilizar:

Círculo de seguimiento y de diálogo, dependiendo de si estarán presentes solo los victimarios o también su familia). Será una herramienta mayormente restaurativa o totalmente.

Desarrollo:

- a) con su familia.

Círculo de paz como práctica parcialmente restaurativa.

Desarrollo: similar al que se hizo durante los primeros meses dentro de prisión.

Se incidirá en los retos, expectativas y necesidades fuera de prisión, reforzando su idea de valorar los perjudicados y qué pueden hacer para compensar el daño. Estos círculos de paz con la familia serán de entre 2 a 4 sesiones (plazos recomendados, dependerá de las personas y las circunstancias).

- b) solo con los ofensores.

Círculo de seguimiento como práctica parcialmente restaurativa.

Desarrollo: similar al que se hizo durante los primeros meses dentro de prisión.

Se incidirá en los retos, expectativas y necesidades fuera de prisión, reforzando su idea de valorar los perjuicios causados y qué pueden hacer para compensar el daño. Se abordará los desafíos que tienen fuera de prisión, miedos y necesidades para continuar con su voluntad de desistir del delito. Estos círculos de seguimiento serán de mayor duración dependiendo las necesidades del grupo.

Duración total del programa.

Dependiendo de si salen de prisión o continúan por ser una condena larga dentro. Entre 13 y 15 meses si siguen dentro de prisión al acabar la segunda fase y sino 12 meses más después de su salida de prisión.

Necesidades materiales y humanas:

- Espacio con sillas en círculo.
- Folios y poshits.
- Posibilidad de que alguna persona del centro pueda estar presente como participante y a la vez observador siempre de forma activa.
- Se debería informar al menos con una o varias charlas de lo que implica este programa a las personas del establecimiento penitenciario y si fuera posible a los internos susceptibles de poder participar en el programa.

Aspectos que deben tener en cuenta los facilitadores y otros integrantes del círculo que no sean los ofensores.

Las respuestas verbales, de comportamiento y emocionales de los participantes son las que nos deben guiar en cada momento para ver lo que debe ser perseguido en cada momento, sin embargo, hay ciertos factores a considerarse por los facilitadores:

- **Establecer una buena relación;** durante el primer y posibles sucesivos encuentros.
- **Se debe mostrar respeto a pesar de la naturaleza del delito.**
- **Dar información.** Se deberá explicar más de una vez las expectativas del programa.
- **Enfoque motivacional:** es importante animar a los ofensores a verse como personas fuertes que han hecho algo mal pero que tienen capacidad para reparar el daño, hacer lo correcto y cambiar.
- **Expresar su preocupación y la comprensión por las dificultades experimentadas,** la negación del delito podría relacionarse con la baja autoestima y cubrir los sentimientos de vergüenza.
- **Establecer credibilidad y control,** pensar acerca de los objetivos de la reunión. Por ejemplo, más detalles sobre el delito, historia vital, pensamientos específicos...Se debe apoyar y animar, pero si fuera necesario también se debe establecer límites, responder firmemente y atender a comportamientos desafiantes.
- **Pedirles que cuenten su historia.** Quizá más de una vez, sin interrupciones para que se percaten de lo que dicen, como lo dicen, cómo se refieren a la víctima, el lenguaje que utilizan, como se refieren a ellos, al delito, a lo que pasó...
- **Tener en cuenta que pueden tener dificultades para hablar o limitaciones en su uso del lenguaje.**
- **Crea ambiente donde las oportunidades para la honestidad surjan desde el principio.** Esto ofrecerá a los participantes una oportunidad para sentirse libres de contar su historia desde el principio.

Incluso si el nivel de negación del delito es importante en este estadio, se pueden hacer afirmaciones como “queremos ayudarte a que no vuelvas a estar en esta situación otra vez”

- **Usar diferentes técnicas, preguntas socráticas por ejemplo** ¿Qué razón tendría la víctima para denunciarlo?. ¿Qué te hizo pensar que todo estaba bien?.
- **Usar la discrepancia para crear dudas en su mente sobre lo que ellos creen que puede ser inexacto. Por ejemplo, si el ofensor dice que ella nunca dijo, no ...preguntar ¿pero dijo sí?.**
- **Animar a buscar otras perspectivas alternativas**, que sugieran que lo que piensan puede ser inexacto:
 ¿Qué otros puntos de vista puede haber?. ¿Cómo podemos saber que ella está feliz con lo que estaba pasando?

 ¿No podría suceder que la víctima lo vea de distinta forma?

 ¿Cómo puedes estar seguro de que tu punto de vista es el único?.
- **Analizar otras respuestas posibles a las afirmaciones que pueden desafiar la creencia del ofensor de una manera constructiva y positiva.**
 Por ejemplo: simplemente pasó, no lo pensé... Respuesta: en nuestra experiencia las cosas no suceden porque sí, creemos que en ese momento tenías pensamientos y es importante conocerlos para poder afrontarlos y gestionarlos de forma adecuada para que no pase en el futuro.
- **Trabajar con la resistencia, la actitud defensiva suele ser un reto normal. Si es muy fuerte la actitud defensiva, pasar a hablar de otro tema y luego volver a él.**
- **Refuerzo positivo, puede usarse para apoyar y reforzar las declaraciones de responsabilidad, preocupación, motivación por los demás, toma de una nueva perspectiva o la exhibición de una nueva actitud positiva.** Si hay progreso en esto especificar cómo y por qué.
- **Anticiparse a la vergüenza y el miedo, por ejemplo, sabemos que es muy difícil hablar sobre un daño, especialmente si ha sido grave.**
- **Hay que predecir y desafiar las distorsiones**, es importante cuestionar errores de pensamiento que estaban presentes en el momento del delito, no después.
 “solo la toqué una o dos veces, no tantas como ha dicho ella” (no nos importa las veces sino el daño).

Por ejemplo, Ahora pienso diferente, sé que estaba equivocado, respuesta: ¿pensabas esto en ese momento?. No, entonces es importante pensar que pasaba por tu mente en ese momento.

- **Usar la reformulación**, ayuda a ofrecer oportunidades para que vuelvan a pensar sobre lo que dijeron, les ayuda a ver si es lo que piensan en ese momento también.
- **Trabajar en la confianza, no mostrar nervios o ansiedad porque se puede transmitir a los ofensores.**

Nuestra meta es lograr que los participantes alcancen una posición en que reconozcan y acepten un nivel de responsabilidad en el delito y en el daño causado para que a su salida de prisión decidan no realizar conductas similares.



(el gráfico actual es una variación del utilizado para el programa reconexión porque precisamente las características de los delitos marcan una serie de diferencias).

Bibliografía.

Achilles, M y Zehr, H. (2001) “*Restorative Justice for crime victims: the promise and the challenge*”. In G. Bazemore y M. Schiff (eds), “*Restorative community Justice: repairing harm and transforming communities*”, Cincinnati: Anderson Publishing, pp. 87-99.

Achutti, D. (2015) “*Abolicionismo penal y justicia restaurativa: del idealismo al realismo político-criminal*”. Revista de derechos humanos y estudios sociales. VII, pp. 55.

Aebi, M. (2017) “*Nuevas perspectivas criminológicas*”

<https://www.youtube.com/watch?v=oiyGdhiqSgA&t=133s>

Aebi, M. (2007) “*Críticas y contra crítica de la criminología crítica: una respuesta a Elena Larrauri*”. Revista de Derecho Penal y Criminología. N.º 19, pp. 377-395.

Aertsen, I. y Peters, T. (1998) “*Mediation and Restorative justice: the victim’s perspective*”. In E. Fattah y T. Peters(eds), “*Support for crime victims in a comparative perspective*”. Leuven: Leuven University Press, pp. 229-251.

Aertsen, I. (2000) “*Victim-offender mediation in Belgium. In the European Forum for victim-offender mediation and Restorative Justice*” (ed),” *Victim-offender mediation in Europe: making Restorative Justice work*”. Leuven: Leuven University Press, pp. 153-192.

Aertsen, I. (2005) “*Restorative prisons: a contradiction in terms?*”, In C. Emsley (ed), “*the persistent prison: problems, images and alternatives*”. London: Francis Boutle Publishers, pp. 196-213.

Aertsen, I, Bolivar, De Mesmaecker, V y Lauwers, N. (2011) “*Restorative Justice and the active victims: exploring the concept of empowerment*”. *Temida*, 14(1), pp.15-19.

Agudo Fernández, E., Jaén Vallejo, M., & Perrino Pérez, Á. L. (2016). “*La víctima en la justicia penal (El Estatuto jurídico de la víctima del delito)*”. Madrid: Dykinson S.L. pp. 13.

Akers, R. L. (2006) “*Aplicaciones de los principios del aprendizaje social. Algunos programas de tratamiento y prevención de la delincuencia*”, a Guzmán Dábora et al. (eds.)” *Derecho penal y criminología como fundamento de la política criminal*”, pp. 1.117-1.138.

Alcácer Guirao, R. (2011) “*La mediación penal y la atenuante de reparación. Similitudes y criterios de aplicación*”, en Martínez Escamilla y Sánchez Álvarez (coords.),” *Justicia reparadora, mediación y sistema penal*”, Reus, Madrid, pp. 109-126.

Alder, C y Wundersitz, J. (1994)” *Family Conferencing and Juvenile The Way Forward or Misplaced Optimism Canberra*”, Australia: Australian Institute of Criminology.

Almenar Berenguer, M. (2006) “*Apuntes sobre algunos problemas prácticos que suscita la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad, con especial referencia a la incidencia de las últimas reformas de la parte general del Código Penal*”, Ed. El Derecho Editores, Diario de Jurisprudencia El Derecho n.º 2272.

Alonso Fernández, JA. (2002)” *Las atenuantes de confesión de la infracción y reparación o disminución del daño: interpretación jurisprudencial y doctrinal de las v circunstancias del artículo 21.4 y 21.5 del código penal*”. España. Editorial SA Bosch.

Álvarez García F.J. (1997) “*Sobre algunos aspectos de la atenuante de reparación a la víctima (art.21.5º Código Penal)*” en Cuadernos de Política Criminal, núm. 61, pp 253 y ss.

Álvarez García, F. J. (2000) “*Retribución y prevención general negativa como fines de la pena*”. Cuadernos de política criminal, nº72, pp. 563-614.

Álvarez Ramos, F. (2001) “*Análisis socioeducativo de los procesos de mediación en la Ley de Responsabilidad Penal de Menores*”, en Revista de Servicios Sociales Zerbitzuan, nº 39, España, pp. 19.

- Anderson, K.** (1982) “*Community justice centres—alternatives to prosecution*”, en Grabosky, P. (ed.): “*National Symposium on Victimology—Proceedings*”, Australian Institute of Criminology. Canberra, Australia, pp. 57–74.
- Anderson, E.** (1999).” *Code of the Street*”. New York: W.W. Norton & Company, pp. 53 y ss.
- Anderson, M.** (2018)” *Family group conferences and harmful sexual behavior*”. In D. Edwards y K. Parkinson (eds), “*family group conferences in social work: involving families in social care decision making*”. Bristol: policy press, pp. 155-168.
- Angel, CM, Sherman, L.W, Strang, H, Ariel, B, Bennett, S, Inkpen, N.** (2014) “*Short-term effects of restorative Justice conferences on post traumatic stress symptoms among robbery and burglary victims: a randomized controlled trial*”. Journal of Experimental Criminology, 10(3) pp. 291-307.
- Antón Oneca, J.** (2016) “*La utopía penal de Dorado Montero*”. Colección acta salmanticensia. Estudios jurídicos. Ediciones Universidad de Salamanca, pp.19.
- Aranguena Fanego, C.** (2017) “*La participación de la víctima en la ejecución penal, La víctima del delito y las últimas reformas procesales penales*”, AAVV, Navarra, pp. 202.
- Arendt, H.** (1979) “*Eichmann en Jerusalén. Un estudio sobre la banalidad del mal*”. Barcelona: Lumen.
- Arias, X.** (2011) “*Programa de Justicia Restaurativa en el Poder Judicial*”. Costa Rica: Poder Judicial de Costa Rica.
- Arias Madrigal, D. M (Coordinadora), Arias Madrigal, X.** (2011). “*Programa de Justicia Restaurativa en el Poder Judicial*”. San José, Costa Rica, p. 6. Recuperado de <http://www.justiciarestaurativa.org/news/justicia%20restaurativa.pdf/view>.
- Armstrong, J.** (2012) “*Factors contributing to victims satisfaction with Restorative justice practice: a qualitative examination*”. British Journal of Community Justice, 10, pp. 39-54.
- Arredondo-Provecho AB, Del Pliego G, Nadal M, Roy R.** (2008) “*Conocimientos y opiniones de los profesionales de la salud de atención especializada acerca de la violencia de género*”. Enferm Clín. 18 (4), pp. 175-182.
- Arroyo Zapatero, L y Berdugo Gómez de la Torre, I.** (2001) “*Las víctimas ante el derecho penal. Especial referencia a las vías formales e informales de reparación y mediación*”. En Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos: “in memoriam”, Cuenca. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, pp. 443-478.
- Barboni Pekmezian, L y Valls Prieto, J.** (2014) “*La reparación del daño en la justicia penal*”. Ciencias Psicológicas VIII (2), pp. 199 – 207.
- Barquín Sanz, J.** (2011)” *Política criminal y código penal: cinco años después*”. Diario la Ley nº5255.
- Barnett, R.** (1977) “*Restitution: a new paradigm of criminal justice*”, Ethics: An International. Journal of Social, Political and Legal Philosophy, 87(4), pp. 279–301.
- Barona Villar, S.** (2004) “*Seguridad, celeridad y justicia penal*”, Tirant Lo Blanch, pp. 200 y ss.
- Barrionuevo, M.J.** (2016) “*La mediación penal en la provincia de Buenos Aires*”, http://server1.utsupra.com/doctrinal?ID=articulos_utsupra_02A00392755090 21/11/2018.
- Barros Leal, C.** (2015)” *Justicia Restaurativa. Amanecer de una era*”. Editorial Porrúa. Primera Edición. México, pp. 108 -116.
- Barton, C.** (2000).” *Empowerment and retribution in Criminal Justice*”. En H. Strang & Braithwaite, J. (Eds.),” *Restorative justice. Philosophy to practice*”. Burlington: Ashgate, pp. 55-76.
- Baucells Lladós, J.** (2006) “*La atenuante de reparación del daño ambiental tras la ley de responsabilidad ambiental*” en ANTONI PIGRAU SOLE (coord.)” *Nuevas perspectivas de la responsabilidad por daños al medio ambiente*”. Ministerio de Medio Ambiente, Tarragona.

- Bazemore, G. y Griffiths, C. T.** (1997) “*Conferences, Circles, Boards, and Mediations: Scouting Community Justice Decision Making the ‘New Wave’ of Approaches*”. *Federal Probation* 61 (June), pp. 25-38.
- Bazemore, G y Walgrave, L.** (1999)” *Restorative Juvenile justice: repairing the harm of Youth crime*”. Lynne Rienner Publishers, pp. 75-102.
- Bazemore, G.** (2000)” *Community Justice a vision of collective efficacy: the case of restorative Conferencing*”. In *criminal Justice 2000, Volume 3*. Washington DC. US.
- Becker, H. S.** (1988) “*Outsiders: studies in the sociology of deviance*”. New York, NY: Free Press, an imprint of Simon & Schuster, Inc., [2018] ©1963.
- Benítez Ortúza, I.F.** (2003) “*El "colaborador con la justicia" en materia de delitos relativos al tráfico de drogas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas. Análisis crítico de la presunta figura "premier" del artículo 376 del Código Penal*” pp. 140 ss. y 146 ss.
- Bennet, C.** (2007) “*Justifying restorative justice*”. In G. Johnstone y D. W Van Ness (eds), “*handbook of restorative Justice*”. Colluppton: willan publishing, pp. 247-264.
- Beristain Ipiña, A.** (1974),” *Medidas penales en Derecho contemporáneo. Teoría, legislación positiva y realización práctica*”. Prólogo de Marino Barbero Santos, Madrid, Reus, pp. 82 s.
- Beristain Ipiña, A.** (1998)” *De los delitos y las penas desde el País Vasco*”. Madrid. Editorial S.L. - Dykinson. P.210 y ss.
- Beristain Ipiña, A.** (1999)” *Criminología y victimología, alternativas recreadoras al delito*”. Grupo Editorial Leyer, pp.123 y ss.
- Beristain Ipiña, A.** (2004) “*Protagonismo de las víctimas de hoy y mañana (evolución en el campo jurídico penal, prisional y ético)*”. Valencia. Tirant lo Blanch, pp. 12 y ss.
- Beristain Ipiña, A.** (2004) “*de la victimología de mínimos a la de máximos*”, ABC, 29 de mayo, pp. 22.
- Beristain Ipiña, A.** (2007) “*¿Evolucionamos hacia las antípodas del derecho penal y la criminología? ¿Evolucionamos hacia "la justicia victimal"?*” *Jurídica: anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*. N.º. 37, pp.22 y ss.
- Beristain Ipiña, A.** (2012)” *Sanciones Re personalizadoras en el derecho penal de mañana.*” *Revista de derecho Penal y Criminología*, ISSN 0034-7914, N.º. 9, pp. 295-306.
- Beristain, C.** (2008). “*Diálogos sobre la reparación: experiencias en el sistema Interamericano de derechos humanos*”. Tomo 2. San José de Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- Berne, E.L.** (1961)” *Transaccional Analysis in Psychotherapy*”. Nueva York, Random House. La edición de 1978 se publicó Ballantine Books, de Nueva York. Traducción española (1985) “*Análisis Transaccional en Psicoterapia*”. Buenos Aires, Editorial Psique.
- Berne, E. L.** (1974). “*¿Qué dice usted después de decir “Hola”?*”, Barcelona: Grijalbo, pp. 15 y ss.
- Blanco García, A I.** (2015) “*Estatuto de la víctima del delito trascendencia de una ley*”. *Actualidad jurídica iberoamericana*, n.º. 3, pp. 765-774.
- Bloch, E.** (1980).” *Derecho natural y dignidad humana*”, Trad. González Vicen, Felipe. Madrid. Ed. Aguilar. 1ª ed., pp. 322.
- Bobbio, N.** (1987)” *Teoría general del derecho*”, Bogotá, Temis, pp. 45 y ss.
- Bolívar, D.** (2011)” *Conceptualizing victims` restoration in restorative justice*”, *International review of Victimology*, vólum.3 N° 17.
- Boom, A y Kuijpers, K.F.** (2012)” *Victims needs as basic human needs*”. *International Review of victimology*, 18 (2), pp.155-179.

- Braithwaite, J.** (1989) *“Crime, Shame and Reintegration”*. Cambridge, Univ. Press, Redwood, Ltd. London, pp. 226.
- Braithwaite, J.** (1991). *“Poverty, Power, White-Collar Crime and the Paradoxes of Criminological Theory”*. Australian and New Zealand Journal of Criminology, 24: pp.40-58.
- Braithwaite, J.** (2000) *“Shame and criminal justice”*. Canadian Journal of Criminology and Criminal Justice, 42, 3, pp. 281-298. Traducido por José Deym.
- Braithwaite, J.** (2002) *“Setting Standards for Restorative Justice”*, British Journal of Criminology (42) pp. 563-577.
- Braithwaite, J.** (2002) *“Restorative Justice and responsive regulation”*. New York. Oxford University Press inc. pp.14 y ss.
- Braithwaite, J.** (2016). *“Delito, vergüenza y reintegración”*. Delito y Sociedad, pp. 1-14. Traducción al castellano de José Deym. Una versión de este artículo fue publicada en inglés como *“Shame and criminal Justice”* (2000) Canadian Journal of Criminology and Criminal Justice, 42, 3, pp.281-298.
- Brandariz García, J. A.** (2009) *“La sanción penal de trabajos en beneficio de la comunidad”*. Valencia. Tirant lo Blanch, pp. 332.
- Brenes Quesada, C.** (2009) *“Justicia Restaurativa; una herramienta para la solución al fenómeno costarricense de la criminalidad”*. Universidad Fidelitás, pp.32 y ss.
- Buber, M.** (2002) *“Yo y tú”*. Editorial Nueva visión argentina, pp. 47 y ss.
- Bueno Arús, F.** (1994) *“La posición de la víctima en el moderno sistema penal”*. Boletim da Faculdade de Direito: Universidade de Coimbra, V. 70, p.p. 369-387.
- Bustos Ramírez, J.** (1984) *“Manual de derecho penal español”*. Editorial Ariel, pp. 25.
- Bloch, E.** (1980). *“Derecho natural y dignidad humana”*, Trad. González Vicén, Felipe. Madrid. Ed. Aguilar. 1ª ed., pp. 322.
- Bobbio, N.** (1987) *“Teoría general del derecho”*, Bogotá, Temis, pp. 45 y ss.
- Cabrera, M.** (2002) *“Vivimos y sobrevivimos en un país multiduelos”* recuperado de <https://www.envio.org.ni/articulo/1190>
- Cámara Arroyo, S.** (2011) *“Justicia juvenil restaurativa: marco internacional y su desarrollo en América Latina”*, Revista de justicia restaurativa nº1 pp. 8-52.
- Campistol, C y Herrero, V.** (2017) *“Declaración Iberoamericana de Justicia Juvenil Restaurativa: nueva oportunidad para el tratamiento integral de los adolescentes y jóvenes infractores en el sistema penal”*. 26 enero 2018 <https://sites.google.com/site/sociedadcientificadejr/declaracion-iberoamericana-de-justicia-juvenil-restaurativa>
- Carrasco Andrino, MM.** (1999). *“La mediación del delincuente-víctima: el nuevo concepto de justicia restauradora y la reparación”* en *“La mediación del delincuente-víctima en USA”*, Jueces para la democracia, número 34, pp. 80.
- Castrillón-Guerrero, L, Riveros Fiallo, V, Knudsen, M.L, López, W, Correa-Chica, A y Castañeda Polanco, J.** (2018) *“Comprensiones de perdón, reconciliación y justicia en víctimas de desplazamiento forzado en Colombia”*, Revista de Estudios Sociales [En línea], 63 | enero 2018, Publicado el 01 enero 2018, consultado el 30 mayo 2019. URL: <http://journals.openedition.org/revestudsoc/1223>.
- Castillejo Manzanares, R.** (2011) *“Violencia de género. Justicia restaurativa y mediación”*. Madrid, La ley-actualidad, pp. 20 y ss.
- Castillejo Manzanares, R.** (2011), *“La mediación en el proceso de menores”*, Revista de Derecho Penal, (32), pp. 9-28.

- Cerezo Mir, J.** (1992), "Curso de Derecho penal español", pp. 21.
- Cervelló Donderís, V.** (2005) "El sentido actual del principio constitucional de reeducación y reinserción social", en "Presente y futuro de la Constitución española de 1978", Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 217 - 232.
- Cervelló Donderís, V.** (2006) "Responsabilidad civil y tratamiento penitenciario". Cuadernos de derecho judicial. Derecho penitenciario: incidencias de las nuevas modificaciones. Nº22, pp. 89-141.
- Cervelló Donderís, V.** (2016) "Cuestiones prácticas para la aplicación de la mediación penal", Tirant Lo Blanch, capítulo Servicio de justicia restaurativa de Castilla y León Amepax, pp. 353-377.
- Chapman, T.** (2016) "Charla ofrecida durante la IX Conferencia Internacional de Justicia Restaurativa. Foro Europeo de Justicia Restaurativa". Leiden (Holanda).
- Christie, N.** (1977) "Las imágenes del hombre en el Derecho Penal moderno", en AA. VV, Abolicionismo Penal., pp. 127-141.
- Christie, N.** (1977), "Conflicts as Property", British Journal of Criminology, 17, pp. 1-19, (en español: "Los conflictos como pertenencia", en AA. VV (1992), "De los delitos y de las víctimas", Buenos Aires, AD_HOC, pp. 157-182); "Limits to Pain", Oxford, 1982 (en español: Los límites del dolor, México, 1984); "Las imágenes del hombre en el Derecho Penal moderno", en AA. VV, Abolicionismo Penal, op. cit., pp. 127-141; "Changes in Penal Values", en Scandinavian Studies in Criminology, Oslo, Universitetsforlaget, Vol. 2, pp. 161-172.
- Christie, N.** (1992) "Los conflictos como pertenencia". En Christie, Nils et al." De los delitos y las víctimas". Buenos Aires: Ad-Hoc, pp.157-182.
- Christie, N.** (2007) "La industria del control del delito. ¿La nueva forma del holocausto?", Buenos Aires Ed. Del Puerto, pp.107y ss.
- Cid. Moliné, J.** (1997). "El trabajo en beneficio de la comunidad" en AA. VV; "Penas alternativas a la prisión", Barcelona, Bosch, pp.101.
- Cid Moliné, J.** (2007) "¿Es la prisión criminógena? Un análisis comparativo de reincidencia entre la pena de prisión y la suspensión de la pena" en Revista de derecho penal y criminología, N.º 19, pp. 427-456.
- Clemente, M.** (1997) "Los efectos psicológicos y psicosociales del encarcelamiento" en Clemente, M. y Núñez, J (coord.). "Psicología Penitenciaria II", Madrid, Fundación Universitaria Empresa, pp. 383-407.
- Coates, R, Umbreit, M y Vos, B.** (2003) "Restorative justice circles: en exploratory study". Contemporary Justice review, 6 (3), pp. 265-278.
- Coble Sarro, D.** (2014) "El conocimiento de la idea de justicia en Platón". Eikasía. Revista de filosofía recuperado de <https://www.revistadefilosofia.org/58-15.pdf>.
- Cohen, S.** (1985) "Visions of Social Control: Crime, Punishment and Classification". Editorial Polity Press.
- Cohen, S.** (1986) "Editorial", en Contemporary Crises (título actual: Crime, Law and Social Change), vol. 10, n. 1. Ámsterdam: Elsevier, pp. 3.
- Cohen, S.** (2017) "Demonios populares y "pánicos morales", delincuencia juvenil, subculturas, vandalismo, drogas y violencia". Barcelona. Editorial Gedisa.
- Coing, H.** (1961) "Fundamentos filosóficos del derecho", Barcelona, Ariel, traducción de Juan Manuel Mauri, pp.63 y ss.
- Consedine, J.** (1995). "Restorative Justice: Healing the Effects of Crime" NZ: Ploughshares Publications.
- Correcher Mira, J.** (2020) "La aplicación de la atenuante de análoga significación en supuestos de imputabilidad disminuida: ludopatía, piromanía y cleptomanía". Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, nº 22-07, pp. 1-40. Recuperado de <http://criminet.ugr.es/recpc/22/recpc22-07.pdf>

- Cossins, A.** (2008) “*Restorative Justice and child sex offences: theory and practice*”. British Journal of Criminology, 48, pp. 359-378.
- Crawford, A. and Clear, T.** (2001) “*Community Justice: Transforming Communities Through Restorative Justice?*”, en Gordon Bazemore, Mara Schiff (Eds.) “*Restorative Community Justice: Repairing the Harm and Transforming Communities*”. Cincinnati, Anderson Publishing.
- Crémière, M.** (2014).” *Justice restauratrice: Une voix trop ignorée*”. Association jeunesse et droit, 334, pp 9-15.
- Crespo, D.** (1995), “*El pensamiento abolicionista, en Reflexiones sobre las consecuencias jurídicas del delito*”, Madrid, pp. 35-52.
- Crespo M y Arinero M.** (2010) “*Assessment of the efficacy of a psychological treatment for women victims of violence with their intimate male partner*”. Span J Psychol; 13(2), pp. 849-63.
- Cruz Márquez, B.** (2005).” *La mediación en la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores: conciliación y reparación del daño*”, RECP, (7), pp. 1-34.
- Cuerda Arnau, M^a L.** (2004) “*El premio por el abandono de la organización y la colaboración con las autoridades como estrategia de lucha contra el terrorismo en momentos de crisis interna*”. Estudios penales y criminológicos XXV pp.3-68.
- Dachy, A y Bolivar, D.** (2013)” *Implementing a better response to victims needs*”. Handbook accomplished in the framework of the Project, “*Restorative Justice, urban security and social inclusion: a new european approach*”, Just/2010/Jpen/1601. Financed by Criminal Justice programme EU 2008-2010. Brussels: National Institute of Criminalistics and Criminology.
- Dadrian, V.** (2004). “*Las interrelaciones históricas y legales entre el genocidio armenio el holocausto judío: de la impunidad a la justicia retributiva*”. Índice: Revista de Ciencias Sociales, N° 22, pp. 13-100.
- Daly, K.** (2002) “*Restorative Justice: the real story*”, en Punishment & Society, vol 4, n° 1, pp. 55-79.
- Daza Bonachela, M.M.** (2015). “*Victimología hoy, derecho victimal europeo y español y atención a las víctimas de delitos en España*”. Presentación y Metodología en Eguzkilore. San Sebastián, núm. 29, pp 243-274.
- Dehin, A.** (2018). “*Justice restauratrice chez les mineurs: peut mieux faire*”. Recuperado desde <https://www.alterechos.be/justice-restauratrice-chez-les-mineur-peut-mieux-faire/>.
- De Hoyos Sancho, M.** (2014) “*Reflexiones sobre la Directiva 2012/29/UE, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y su transposición al ordenamiento español*”, Revista General de Derecho Procesal, pp.18-20.
- De la Cuesta, JL.** (1990) “*El delito de tortura*”, Barcelona, pp. 24 ss.
- De la Cuesta, JL.** (1992)” *La tortura como abuso de poder: aspectos penales*”, La Criminología frente al abuso de poder, San Sebastián, pp. 149 ss.
- De la Cuesta, JL.** (2009)” *El principio de humanidad en el derecho penal*”, Eguzkilore. N°23 San Sebastián. pp. 209-225.
- De la Cuesta, J.L., y Subijana, I. J.** (dirs.) (2017)” *Justicia Restaurativa y Terapéutica. Hacia innovadores modelos de justicia*”, Tirant lo Blanch, Valencia, pp.202-223.
- Del Pozo Pérez, M.** (2010), “*¿Es adecuada la prohibición de mediación del art.22.5 de la Ley Orgánica 1/2004?*”, en F. Martín Diz (coord.), “*La mediación en materia de familia y derecho procesal: Estudios y análisis*”, Andavira, Santiago de Compostela, pp. 291-320.
- Dick, D.** (2004) “*Circle sentencing of Aboriginal offenders - victims have a say*”, en Journal of the Judicial Commission of New South Wales, n°. 1, pp. 57-72.

- Diez Ripollés, J. L.** (2004) “*El nuevo modelo penal de seguridad ciudadana*”. Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología. ISSN 1695-0194 11 de febrero de 2020 <http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06-03.pdf>.
- Dignan, J.** (2000). “*Victims, reparation and the pilot YOTs*”, Criminal Law and Justice Weekly, Butterworth.
- Dillon, S.** “*Aquellas eran leyes*”, consultado el 1 de marzo de 2019 http://letras-uruguay.espaciolatino.com/aaa/dillon_susana/aquellas_eran_leyes.htm.
- Domingo de la Fuente, V.** (2008) “*Justicia Restaurativa y mediación penal*”, Revista de derecho penal, nº 23, pp.33-68.
- Domingo de la Fuente, V. (2012)**” *Entrevista a Nils Christie*”, Quadernos de criminología: revista de criminología y ciencias forenses, ISSN 1888-0665, Nº. 18, pp. 5-7.
- Domingo de la Fuente, V.** (2015)” *La Justicia Restaurativa en sus orígenes: un ejemplo; leyes de Brehon*” consultado 21-3-2018 <http://www.lajusticiarestaurativa.com/2015/05/la-justicia-restaurativa-en-sus.html>
- Domingo de la Fuente, V.** (2016) “*Prevención del delito a través de la justicia restaurativa*”, Anuario Internacional de Criminología y Ciencias Forenses nº. 1, pp. 269-281.
- Domingo de la Fuente, V.** (2017). “*Justicia restaurativa como ciencia penal o social, encaminada a mejorar la justicia*”, Educació Social. Revista d’Intervenció Socioeducativa, 67, pp 73-90.
- Domingo de la Fuente, V.** (2017)” *Justicia Restaurativa como derecho de las víctimas*”. Revista jurídica de Castilla y León, nº41 pp. 130-153.
- Domingo de la Fuente, V.** (2018) “*Fases de los procesos restaurativos*” recuperado de <https://www.lajusticiarestaurativa.com/fases-de-un-proceso-restaurativo>
- Domingo de la Fuente, V.** (2019) “*Variables a tener en cuenta para facilitar delitos muy graves*” recuperado de <https://www.lajusticiarestaurativa.com/variables-tener-en-cuenta-para>
- Domingo Monforte, J y Peñalosa Torné, C.** (2020) “*La atenuante de reparación del daño. Tratamiento legal y jurisprudencial*”, en Diario La Ley, núm. 9615.
- Donati, P.** (2010) “*Reflexivity after modernity. From the view-point of relational Sociology, en Conversations about Reflexivity*”, compilado por Margaret S. Archer, pp. 144-164.
- Dorado Montero, P.** (1914)” *¿Pena o medida? (II)*” Revista general de legislación y jurisprudencia. Vol.62, N.º 124, pp. 197-199.
- Dunkel, F.** (1992)” *La víctima en el Derecho penal, ¿en vías de una justicia criminal orientada hacia las víctimas?*”, Papers, nº8, pp.67.
- Durán, M.** (2011). “*Teorías absolutas de la pena: Origen y fundamentos*”. Revista de Filosofía, Vol. 67, pp. 123-144.
- Duff, R.** (2003) “*Restorative punishment and punitive restoration*” en G. Johnstone (dir.),” *A Restorative Justice Reader*”. Texts, sources, context, Willan Publishing, Michigan, pp. 82-100.
- Eglash, A.** (1958). “*Creative Restitution--A Broader Meaning for an Old Term*”, 48 J. Crim. L. Criminology & Police Sci, pp.619 -622.
- Eglash, A.** (1959)” *Creative restitution: its roots in psychiatry, religion and law*”. British Journal of Delinquency, 10, pp. 114.
- Eglash, A.** (1977).” *Beyond restitution: creative Restitution*”. In J. Hudson and B. Galloway (eds.), “*Restitution in criminal justice*”, Toronto: Lexington Books, pp. 91–129.
- Escudero, R.** (2013)” *Jaque a la Transición: análisis del proceso de recuperación de la memoria histórica*”, Anuario de Filosofía del Derecho, nº 29, pp. 319-340.

- Esquinas Valverde, P.** (2006). “*La mediación entre la víctima y el agresor como forma alternativa de resolución del conflicto en el sistema judicial penal de adultos: ¿una posibilidad también viable en España?*” *Revista Penal. Parte Doctrina*, nº 18, pp. 55-101.
- Faget, J.** (2000).” *Mediation, Criminal Justice and Community Involvement, A European perspective in The European Forum for Victim-Offender Mediation and Restorative Justice*” (ed.), “*Victim-Offender Mediation in Europe—Making Restorative Justice Work*. Leuven: Leuven. University Press, pp. 39-48.
- Faria, L.L.** (2017) “*Orientación resocializadora de la pena: ¿desorientación del Derecho Penal?*” (tesis de doctorado), pp.38, Universidad Complutense de Madrid, Madrid.
- Fattah, E. A.** (1992) “*Towards a Critical Victimology*”. London: Macmillan. New York: St. Martins Press, pp. 50 y ss.
- Fattah, E.A.** (2014) “*Victimología: pasado, presente y futuro*”. Traducción y notas de María del Mar Daza Bonachela” en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea), nº 16-r2, p. r2:1-r2:33.
- Feijó Sánchez, B.** (2006) “*Prevención general positiva. Una reflexión en torno a la teoría de la pena de Günther Jakobs*”. Recuperado de [file:///C:/Users/virsu/Downloads/Dialnet-PrevencionGeneralPositivaUnaReflexionEnTornoALaTeo-2582622%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/virsu/Downloads/Dialnet-PrevencionGeneralPositivaUnaReflexionEnTornoALaTeo-2582622%20(1).pdf)
- Fernández Aparicio, J.M.** (2010), “*Aspectos prácticos de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad*”, en *La Ley Penal, Sección Práctica Penal*, Nº75, p.2 y ss.
- Fernández Aparicio, J. M.** (2016), “*Derecho Penitenciario: La pena de trabajos en beneficio de la comunidad y la pena de localización permanente*”, pp. 18 y ss.
- Fernández Bermejo, D.** (2014)” *El fin constitucional de la reeducación y reinserción social: ¿Un derecho fundamental o una orientación política hacia el legislador español?*”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, núm. 67, pp.363 a 415.
- Fernández-Bermejo, D.** (2014) “*Individualización científica y tratamiento en prisión*”. Ministerio del Interior, pp. 40 y ss.
- Fernández-Gallardo, J.A.** (2015)” *Análisis crítico del Estatuto de la Víctima del Delito*”, *Derecho y Proceso Penal*, núm. 40, pp. 62 ss.
- Fernández Martínez, J.M.** (2012)” *El control judicial de la conformidad en el proceso penal*”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, Nº. 10, pp. 41-48.
- Foucault, M.** (1971)” *Las palabras y las cosas*”. México. Editorial Siglo XXI, p. 338.
- Freire, P.** (1994)” *Pedagogía del oprimido*”. Buenos Aires: Siglo XXI, pp.88 y ss.
- Galaín Palermo, P.** (2005) “*¿La reparación del daño como «tercera vía» punitiva? especial consideración a la posición de Claus Roxin*” recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1396386>
- Galaway, B.** (1998). “*Evaluating Restorative Community Justice Programs*”. Denver: El Foro en Colorado sobre Comunidad y Justicia Restaurativa.
- Gallego Sánchez, G.** (2014). “*Proyecto de Ley del Estatuto de la víctima del delito, su participación en el proceso penal*” en *Revista de Jurisprudencia El Derecho*, nº 2, p. 25.
- Galtung, J.** (2004). “*Trascender y transformar: una introducción al trabajo de conflictos*”, México, Montiel y Soriano, pp.24.
- Gandhi, M** (2006) “*Sobre el hinduismo*”. Editorial Siruela.
- García-Pablos de Molina, A.** (1993) “*El redescubrimiento de la víctima: victimización secundaria y programas de reparación del daño. La denominada victimización terciaria (el penado como víctima del sistema legal)*”. *Cuadernos de Derecho Judicial*, pp. 287-320.

- García-Pablos de Molina, A.** (1998) *“Manual de Criminología. Introducción y teorías de la Criminalidad”*. Editorial Espasa-Calpe. Madrid, pp. 78 ss.
- García-Pablos de Molina, A.** (2008) *“Tratado de Criminología”*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 1038 y 1039.
- García-Pablos de Molina, A.** (2014) *“Tratado de Criminología”*. Editorial Tirant lo Blanch, pp. 182 y ss.
- García-Pérez, O.** (2011) *“La mediación en el sistema español de justicia penal de menores”*, en Revista de Criminología vol. 53, nº 2, Bogotá, pp. 73.
- García Rodríguez, M. J.** (2001) *“Las víctimas del delito en el espacio judicial europeo”*, en Diario La Ley, núm. 5342, (D-158), pp. 1706-1714; y *“Una aproximación a las políticas de protección y asistencia a las víctimas de delitos en el contexto europeo”*, en Tamarit Sumalla, J. M. (2005) (Coord.): *“Estudios de Victimología”*. Actas del I Congreso Español de Victimología, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 129-136.
- García Rodríguez, M. J.** (2014). *“Nuevos progresos para garantizar la protección de las víctimas de delitos y sus derechos en el espacio judicial europeo”*, en La Ley Unión Europea, núm. 14, p. 49.
- García Rodríguez, M.J.** (2016) *“El nuevo estatuto de las víctimas del delito en el proceso penal según la directiva europea 2012/29/UE, de 25 de octubre, y su transposición al ordenamiento jurídico español”*. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. Recuperado de <http://criminnet.ugr.es/recpc/18/recpc18-24.pdf> pp. 5.
- García San Martín, J.** (2011) *“La reparación del daño como circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal”*, en Revista de Derecho Penal, núm. 32.
- García Valdés, C.** (2003) *“Estar mejor y salir antes: premios y beneficios condicionados a la conducta del recluso en la legislación penitenciaria del siglo XIX y principios del XX”*, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Vol. LIV.
- García Valdés, C.** (2009) *“La Ley Penitenciaria: los orígenes de una norma que cumplirá treinta años de vigencia”*. La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario, nº. 56, pp.1.
- García Valdés, C.** (2016) *“Sobre la prisión permanente y sus consecuencias penitenciarias. Contra la cadena perpetua”*. Coord. por Cristina Rodríguez Yagüe; Luis Alberto Arroyo Zapatero (ed. lit.), Juan Antonio Lascuraín Sánchez (ed. lit.), Mercedes Pérez Manzano (ed. lit.), pp. 171-178.
- Garland, D.** (1997), *“The Punitive Society: Penology, Criminology and the History of the Present”*, The Edinburgh Law Review, I, pp.2. Asimismo, Diez Ripolles, JL (2004), *“El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana”*, Jueces para la Democracia, 49, 2004, pp. 25 ss.
- Garland, D.** (2001) *“The culture of control: crime and social order in contemporary society”*. Chicago: The University of Chicago Press, pp. 52 y ss.
- Garro-Gil, N.** (2017) *“Relational Theory: A Proposal to the Understanding and Resolution of Conflicts in the Educational Institution”*. Estudios sobre educación, n 34, pp 135-154.
- Gil, Gil, A.** (2009) *“La justicia de transición en España. De la amnistía a la memoria histórica”*. Colección justicia penal. Barcelona. Editorial Atelier, pp. 160 y ss.
- Gil, Gil, A.** (2016) *“Sobre la satisfacción de la víctima como fin de la pena”*, InDret, revista para el Análisis del Derecho, pp.15 y ss recuperado de <https://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/314492/404645>
- Gil Villa, F.** (2004), *“La delincuencia y su circunstancia: sociología del crimen y la desviación”*. Valencia: Tirant lo Blanch
- Gilligan, J.** (2001) *“Preventing violence. Prospect for tomorrow”*. Thames & Hudson; p. 120 y ss.
- Gimeno Vidal, R.** (1998) *“La mediación en el ámbito penal juvenil”*. Educación social. Revista de intervención socioeducativa, número (8), pp29-35.

- Gimeno Sendra, J. V.** (2004) “*La conformidad premiada de los juicios rápidos*”. *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciaria*, 5, pp. 5-14.
- Golding, J.M.** (1999) “*Intimate Partner Violence as a Risk Factor for Mental Disorders: A Meta-Analysis*”, en *Journal of Family Violence*, vol. 14, nº 2, pp 99-132.
- Gómez Colomer, J.L.** (2014) “*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 las grandes reformas españolas que se avecinan*”, Cizur Menor, Navarra, pp. 55 y ss.
- Gómez Colomer, J. L.** (2015). “*Estatuto jurídico de la víctima del delito*”. Navarra: Aranzadi pp.350 y ss.
- Gómez-Escolar Mazuela, P.** (2019) “*Los trabajos en beneficio de la comunidad tras las últimas resoluciones del TS: competencia para el control de ejecución y consecuencias del incumplimiento*”. *Diario La Ley*, N.º 9389.
- González Tascón, M.M.** (2014). “*Estudio teórico y práctico de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad*”, Ministerio del Interior, pp.249.
- González Vidosa, F.** (2001) “*Qué es la ayuda a la víctima?*”, Barcelona: Ed. Atelier, pp 25 y ss.
- Gordillo Santana, L.** (2007) “*La justicia restaurativa y la mediación penal*”, Iustel, pp. 39.
- Goulding, D y Steels, B.** (2008) “*Restorative Prison: Towards Radica Prison Reform*”; *Current Issues Crim. Just*, 20, pp. 231.
- Gracia Martín, L.** (2005) “*Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado derecho penal del enemigo*” *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*. Recuperado de <http://criminnet.ugr.es/recpc/07/recpc07-02.pdf>
- Griffiths, J.** (1970) “*Ideology in Criminal Procedure. A Tilird Modelo/lile Criminal Process*”. *Yale Law Journal*,79, pp. 359-417.
- Guardiola Lago, M.J.** (2009). “*La víctima de violencia de género en el sistema de justicia y la prohibición de la mediación penal*”. *Revista General de Derecho Penal*, (12), pp. 1-41.
- Guardiola Lago, M.J y Tamarit Sumalla, J.M.** (2009) “*La justicia restaurativa y los paradigmas alternativos de justicia*”. Universidad Oberta de Cataluña recuperado de http://openaccess.uoc.edu/webapps/o2/bitstream/10609/75606/1/Resoluci%C3%B3n%20alternativa%20de%20conflictos%20y%20justicia%20restaurativa_M%C3%B3dulo%202_La%20justicia%20restaurativa%20y%20los%20paradigmas%20alternativos%20de%20justicia.pdf
- Guidoni, O. V.** (2003) “*The ambivalences of restorative justice: Some reflections on an Italian prison Project*”, In: *Contemporary Justice Review* 6, pp. 55-68.
- Guillamón Senent, J.V.** (2017) “*Los delitos leves: aspectos sustantivos y procesales*”, recuperado de <https://docplayer.es/72745877-Juicio-por-delito-leve-y-garantias-procesales-jose-vicente-guillamon-senent-fiscal-de-la-fiscalia-provincial-devalencia.html> pp.2
- Guillermo Portela, J.** (2007) “*Características de la mediación en Mediación y solución de conflictos, habilidades para una necesidad emergente*”, Tecnos, Madrid, pp. 220.
- Gustafson, D.** (2004) “*Is restorative justice taking too few or too many risks*”, en Zehr, H., Toews, B. (eds.): “*Critical Issues in Restorative Justice*”, Criminal Justice Press. Monsey, NY.
- Gustafson, D.** (2005). “*Exploring treatment and trauma recovery implications of facilitating victim offender encounters in crimes of severe violence: Lessons from the Canadian experience*”. En E. Elliott & **Gordon, R.M.** (Eds.), “*New directions in restorative justice: Issues, practice, evaluation*”. Cullompton, UK: Willan Publishing, pp.193-227.
- Gustafson, D.** (2018) “*Encountering 'The Other': victim offender dialogue in serious crime*”, recuperado de <https://limo.libis.be/primo->

[explore/fulldisplay?docid=LIRIAS1996032&context=L&vid=Lirias&search_scope=Lirias&tab=default_t
ab&lang=en_US&fromSitemap=1](https://explore.fulldisplay?docid=LIRIAS1996032&context=L&vid=Lirias&search_scope=Lirias&tab=default_tab&lang=en_US&fromSitemap=1)

Gutiérrez, J., Viedma, A. y Callejo, J. (2010) "Estudios superiores en la educación penitenciaria española: un análisis empírico a partir de los actores" en Revista de educación, N° 353, pp. 443-468.

Johnstone, G. (2007) "Restorative justice and the practice of imprisonment". Prison Service Journal, 174, pp. 15-20.

Hadley, M.L. (2001) "Restorative Justice and the Philosophical Theories of Criminal Punishment in the Spiritual Roots of Restorative Justice", editorial Albany, NY: State University of New York Press, pp. 31 - 56.

Hassemer, W. (1995). "Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos". en VV/AA: Pena y Estado, Santiago: Editorial Jurídica Cono Sur, pp. 22 - 36.

Hegel, G. (2017) "Fundamentos de la filosofía del derecho. O compendio de Derecho Natural y ciencia política". Clásicos del pensamiento. Editorial Tecnos.

Heredia Puente, M. (2009) "Perspectivas de futuro en la mediación penal de adultos. una visión desde el ministerio fiscal". Diario La Ley, N° 7257, Sección Doctrina, Año XXX, Editorial la ley, pp 4.

Hobbes, T. (2018) "Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil". Traductor: Antonio Escotado. Editorial Deusto, pp.300 y ss.

Hudson, J y Galaway, B. (1974) "Undoing the wrong", Social Work, 19(3), pp. 313-18.

Hulsman, L y Bernat de Celis, J. (1984) "Sistema penal y seguridad ciudadana: Hacia una alternativa", Barcelona, Ariel, pp.35 y ss.

Hulsman, Mathiesen, Christie y otros, (1989) "Abolicionismo Penal" Buenos Aires: EDIA, pp. 127-141.

Iglesias Rio, M. A. (2012) "Mediación penal y justicia restaurativa: reflexiones para la necesaria elaboración de una futura normativa integral", Revista Holística Jurídica, nº11, editorial Universidad San Buenaventura; Medellín, pp.121-153.

Iglesias Rio, M. (2013) "Lagunas, contradicciones y deslegitimación del discurso contemporáneo del derecho penal preventivo y de la seguridad: un ejemplo en el anteproyecto de reforma del CP de 2010". Revista de Derecho Penal, N.º. 39, pp. 9-38.

Iglesias Rio, M. A y Tapia Ballesteros, P. (2017) "Aproximación a la Justicia Restaurativa en el ámbito penal en España". La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario, N.º. 127.

Iturbe, M.O. (1958) "La nueva victimología: nuevo enfoque criminológico de la víctima del delito". Revista penal y penitenciaria. Madrid, pp.199.

Jakobs, G. (1996) "Sociedad, norma y persona en la Teoría de un Derecho penal funcional", trad. esp. de M. Cancio Meliá, y S. Feijóo Sánchez, 1ª ed. Ed. Civitas, Madrid, pp.36 y37.

Jakobs, G. (1997) "Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico", Trad: PEÑARANDA, Enrique, en: JAKOBS, Günther, Estudios de Derecho Penal, Madrid: Civitas, p298. Teoría del Delito, Madrid. Ed. Thomson Cívitas, pp. 108-110.

Jakobs, G. (1997) "Derecho penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la imputación". (Joaquín Cuello Contreras (trad.), José Luis Serrano González de Murillo (trad.)). Ed. Marcial Pons. Madrid, pp. 9-19

Jakobs, G y Cancio Meliá, M. (2006) "Derecho penal del enemigo". Madrid. Editorial civitas, pp.57 y ss.

Jakobs, G (2007): "La imputación jurídico-penal y las condiciones de vigencia de la norma", en "Teoría de Sistemas y Derecho Penal, Fundamentos y Posibilidad de Aplicación", Traducción a cargo de Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles y Carlos Gómez-Jara Díez., Ara, Lima, pp.227.

- Jiménez de Asúa, L.** (1934) "Manual de Derecho penal", Reus, pp. 454 y ss.
- Jimeno Bulnes, M.** (2015) "¿Mediación penal y/o justicia restaurativa?: una perspectiva europea y española". Diario La Ley, ISSN 1989-6913, N.º 8624.
- Johnstone, G; Van Ness, D.** (2007) "The handbook of restorative Justice". Editorial Taylor & Francis, pp.253 y ss.
- Kaiser, K. A., & Holtfreter, K.** (2016) "An integrated theory of specialized court programs: Using procedural justice and therapeutic jurisprudence to promote offender compliance and rehabilitation". Criminal Justice and Behavior, 43(1), pp. 45–62.
- Kant, I.** (1995), "Fundamentación de la metafísica de las costumbres. Crítica de la razón práctica. La paz perpetua", Porrúa, México.
- Kant, I.** (2006) "Fundamentación de la metafísica de las costumbres". Editorial Tecnos.
- Kemelmajer de Carlucci, A.** (2004) "Justicia Restaurativa. Posible respuesta para el delito cometido por personas menores de edad". Rubinzal – Culzoni editores, pp. 118.
- Keenan, M.** (2018) "Notes from the field: training and Restorative Justice work in cases of sexual violence". The International Journal of Restorative Justice, 1 (2) pp. 292-303.
- Kelsen, H.** (1988). "Teoría general del derecho y el estado". México, Unam , pp. 6-7.
- Kelsen, H.** (1991): "Qué es justicia", edición de Albert Calsamiglia. Barcelona. Ariel.
- Kuhn, T.** (1962) "La estructura de las revoluciones científicas". Editorial de la Universidad de Chicago, pp. 100 y ss.
- Laffineur, J.** (2020). "L'expérience de la justice restauratrice dans la justice des mineurs en Belgique". Recuperado desde <https://www.cbcs.be/L-experience-de-la-justice-restauratrice-dans-la-justice-des-mineurs-en>
- Lamarca Pérez, C.** (1992-1993) "Régimen penitenciario y derechos fundamentales" en Estudios penales y criminológicos, N° 16, pp. 207-248.
- Lara Peinado, F.** (2003) "Código de Hammurabi. Estudio preliminar, traducción y notas". Madrid, pp.11y ss.
- Larrauri Pijoán, E** (1991) "Abolicionismo del Derecho Penal", Poder y control, nº3 pp. 97; más ampliamente, la misma, "La herencia de la criminología crítica", Madrid, pp. 192-243.
- Larson, J., & Zehr, H.** (2007). "The ideas of engagement and empowerment". En G. Johnstone & D. W. Van Ness (Eds.), "Handbook of restorative justice" Devon, UK: Willan Publishing pp 41-58
- LeBel, T.P, Richie, M y Maruna, S.** (2015) "Helping others as a response to reconcile a criminal past: the role of the wounded healer in prisoner reentry programs". Criminal Justice and Behaviour, 42(1), pp.108-120
- Lecumberri, P.** (2012). "El principio de oportunidad y la justicia restaurativa. Mediación, conciliación y reparación en la Ley Orgánica de responsabilidad penal del menor". Indret: Revista para el Análisis del Derecho, nº4, pp. 17-43.
- Lee, R y Wheeler, G.** (1996) "The Voice of Shame: Silence and Connection in Psychotherapy". Gestaltpress, pp. 100 y ss.
- Llewellyn, J y Howser, R.** (1998) "Restorative Justice: A Conceptual Framework" (Ottawa: Law Commission of Canadá) pp.33 y ss.
- Lombroso, C.** (2005) "El atlas criminal de Lombroso". Editorial Facsímil, pp.22 y ss.

- London, R.** (2010) " *Crime, Punishment and Criminal Justice – From Margins to Mainstream*". Editor: Lynne Rienner Publishers, pp.360 y ss.
- Luzón Peña, D. M.** (1991) " *Prevención general, sociedad y psicoanálisis*". Estudios penales. PPU, pp. 270.
- Mabilon, S.** (2020). " *La justice restaurative au profit des mineurs - partie I*". Recuperado desde <https://www.village-justice.com/articles/justice-restaurative-profit-des-mineurs-partie,35608.html>
- Makkai, T. y Braithwaite, J.** (1994). " *Reintegrative Shaming and Compliance with Regulatory Standards,*" *Criminology*, 32: pp. 361-385.
- Maltos, V** (2017) " *Manual de justicia restaurativa*", pp.21 y ss. recuperado de <http://www.abogadogeneral.unam.mx/sites/default/files/archivos/Manual%20de%20JR%20y%20MASC%20IIDEJURE.pdf>
- Maltos, V** (2018) https://www.facebook.com/violeta.maltos.7?_tn_=%2CdCH-R-R&eid=ARAvvDnOql4as_D6QXGcx7JepUfb10B7yblH2YgpDX50Xqlko6U46Oa1_daw6uBirB0ddhE0J_QoBq2eI&hc_ref=ARRd4aK4tTuZ1EiDqmUd_S6N4yRBkSrQSDMzu2lKjzc5pnH_Si4WvLb1x_gmFM_DV_SQ&fref=nf consultado 4noviembre2018
- Maltos, V** (2019) " *¿Qué son los programas individuales de justicia restaurativa?*", Recuperado de <http://www.iidejure.com/que-son-los-programas-individuales-de-justicia-restaurativa/>
- Manzanares Samaniego, J.L.** (2015) " *La crisis del sistema penitenciario español de individualización científica*" en *Diario La Ley*, N.º 8568.
- Mapelli Caffarena, B.** (1983) " *Principios fundamentales del sistema penitenciario español*", Bosch, Barcelona.
- Mapelli Cafarena, B y Terradillos Basoco, J.** (1996) " *Las consecuencias jurídicas del delito*". Madrid, ed Civitas, pp.115 y ss.
- Mapelli Caffarena, B.** (1993) " *El Sistema Penitenciario, los Derechos Humanos y la Jurisprudencia Constitucional*" en *Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, N.º 1, Universidad Carlos III. Madrid, pp. 427- 444.
- Mapelli Caffarena, B.** (2006) " *Una nueva versión de las normas penitenciarias europeas*". *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2006, núm. 08-r1, p. r1:1- r1:44. Recuperado de <http://criminet.ugr.es/recpc/08/recpc08-r1.pdf>
- Maqueda Abreu, M. L.** (2007), " *¿Es la estrategia penal una solución a la violencia contra las mujeres? Algunas respuestas desde un discurso feminista crítico*", en *Indret* 4/2007, pp. 1-43, pp. 10 y ss., en http://www.indret.com/code/getPdf.php?id=1045&pdf=475_es.pdf
- Márquez Cárdenas, A. E.** (2009) " *La doctrina social sobre la justicia restaurativa*". *Prolegómenos. Derechos y Valores*, Volumen XII, No. 24, p.p.59-75, en: <http://www.redalyc.org/pdf/876/87617269005.pdf>.
- Marchena Gómez, M y González-Cuéllar Serrano, N.** (2015) " *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015*", ediciones Jurídicas Castillo de Luna, Madrid, pp. 137 ss.
- Marsh, B.** (2011). " *Narrating desistance: identity change and 12 step script*". *Iris Probation Journal*, 8, pp. 49-68
- Martín Diz, F** (2016) " *Real Decreto 1109/2015, de 11 de diciembre, por el que se desarrolla la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del delito, y se regulan las Oficinas de Asistencia a las Víctimas del Delito*", *Ars Iuris Salmanticensis*; Salamanca Tomo 4, N.º 1, pp. 342-345.
- Martínez Sánchez, C.** (2015) " *La justicia restaurativa y un modelo integrador de justicia penal*" en *Revista de derecho UNED*, N.º 16, pp. 1237-1263.

- Maruma, S y Farrall, S.** (2004) "Desistance from crime: a theoretical reformulation". Koelner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie, nº43, p. 171-194.
- Maruna, S.** (2006) "Desistance and restorative Justice: its now or never". Restorative Justice: an international journal, 4(3) p. 23-33.
- Maruna, S.** (2006) "Who owns resettlement? Towards Restorative re-integration". British Journal of Community Justice, 4(2), pp. 23-33.
- Maruna, S y LeBel, T.** (2009) "Strengths-based approaches to reentry: extra mileage toward reintegration and destigmatization". Japanese Journal of Sociological criminology, 34, pp.58-80.
- Maruna, S.** (2016) "Desistance and Restorative Justice: its now or never". Restorative Justice an-International Journal, 4 (3), pp.289-301.
- Marsh, B.** (2011). "Narrating desistance: identity change and 12 step script". Iris Probation Journal, 8, pp. 49-68.
- Maslow, A. (1966) "Psychology of Science",** ed. Joanna Cotler Books, pp.98 y ss.
- Masters, G.** (2002). "Reflexiones sobre el Desarrollo Internacional de la Justicia Restaurativa". Seminario Adolescentes Infractores, Privación de libertad y Soluciones alternativas. Santiago, pp.12
- Materni, M C.** (2013) "Criminal Punishment and the Pursuit of Justice". British Journal of American Legal Studies, vol. 2, núm. 1, pp. 263-304.
- Mathiesen, T.** (1974): "The Politics of Abolition"; Oslo; Robertson, p. 46 -68.
- Mathiesen, T.** (1999) "La abolición: ¿un sueño imposible?", Revista del Poder Judicial de Buenos Aires. Buenos Aires, (www.pjba.gov.ar/dcas/revista/1999/10/index.htm).
- Mathiesen, T.** (2005) "Diez razones para no construir más cárceles" en Revista de nueva doctrina penal, Nº 1, Buenos Aires, pp. 3-20.
- Matsueda, R. L.** (2010) "Sutherland, E, H: teoría de la asociación diferencial y diferencial organización social." Enciclopedia de la teoría criminológica, editado por Francis T. Cullen y Pamela Wilcox. Sage Publications, pp. 899-907. <http://dx.doi.org/10.4135/9781412959193.n250>.
- Maxwell, G., y Morris, A.** (2001). "Family Group Conferences and Reoffending (Conferencias grupales familiares y segundas ofensas)", en A. Morris & G. Maxwell (Eds.), "Restorative Justice for Juveniles: Conferencing, Mediation and Circles (Justicia restaurativa para jóvenes: conferencias, mediación y círculos)". Oxford: Hart Publishing.
- McCold, P.** (1996). "Restorative justice and the role of community". En B. Galaway & J. Hudson (Eds.) Restorative Justice: International Perspectives. Monsey, NY: Criminal Justice Press, pp. 85-102.
- McCold; P y Watchel, T.** (2000) "Ponencia presentada en el XIII Congreso Mundial sobre Criminología", en Río de Janeiro. 10 abril de 2018, última consulta. <https://www.iirp.edu/eforum-archive/en-busca-de-un-paradigma-una-teori-a-sobre-justicia-restaurativa>.
- McCold, P., & Wachtel, T.** (2002). "Restorative justice theory validation [Validación de la teoría de justicia restaurativa]". En E. Weitekamp and H-J. Kerner (Eds.), "Restorative Justice: Theoretical Foundations". Devon, UK: Willan Publishing, pp.110-142.
- McCold, P.** (2000). "Toward a mid-range theory of restorative criminal justice: A reply to the Maximalist model". Contemporary Justice Review, 3(4), pp.357-414.
- McCold, P.** (2013) "La historia reciente de la justicia restaurativa. Mediación, círculos y conferencias", Delito y sociedad, nº 35, pp.9-44.
- McGlynn, C, Westmarland, N y Godden, N.** (2012) "I just wanted him to hear me: sexual violence and the possibilities of Restorative justice". Journal of Law and Society, 39, pp. 213-240.

- Mcneill, F.** (2006) "A desistance paradigm for offender management". *Criminology and criminal Justice*, 6, pp.39-62.
- Mendelsohn, B.** (1981). "La victimología y las tendencias de la sociedad Contemporánea". *Revista Ilanud*, al día. San José, Costa Rica, año 4, abr.
- Mercer, V, Sten Madsen K, Keenan, M y Zinsstag, E.** (2015) "Doing Restorative Justice in cases of sexual violence: a practice guide". Leuven: Leuven Institute of Criminology.
- Milford, J.L, Austin, J.L, y Smith, J.E.** (2007) "Community reinforcement and the dissemination of evidence-based practice: implications for public policy". *International Journal of Behavioral Consultation and Therapy*, 3(1), pp.77-87.
- Millás, J.** (1970) "Filosofía del derecho", Santiago, Lex, pp. 70 y ss.
- Mir Puig, S.** (1978) "Introducción a las bases del derecho penal", Bosch, Barcelona, pp. 317.
- Mir Puig, S.** (2011) "Derecho Penal, Parte General". Reppertor, Barcelona, 9º edición, pp. 81-87.
- Mir Puig, S.** (2015) "Derecho penal. Parte General". 10º Ed, Barcelona, Reppertor, p. 434.
- Monforte, J.D.** (2013) "Justicia penal negociada. Conformidad premiada", *Actualidad jurídica Aranzadi*, Nº 860, pp. 2.
- Montesinos García, A** (2017) "La mediación penal". En *Tratado de Mediación*. Tirant lo Blanch, pp 30.
- Montoro Ballesteros, A.** (2007). "El funcionalismo en el derecho: notas sobre N. Luhmann y G. Jakobs" (eds.), *Anuario de Derechos Humanos*, 8, pp. 365-374. Recuperado de <https://revistas.ucm.es/index.php/ANDH/article/viewFile/ANDH0707110365A/20789>
- Muerza Esparza, J. J.** (2003) "La Reforma del Proceso Penal Abreviado y el Enjuiciamiento Rápido de Delitos". España. Editorial Aranzadi. P. 45 y ss.
- Muñoz Conde, F.** (1979) "La resocialización del delincuente: análisis y crítica de un mito", CPC, pp.98 y ss.
- Muñoz Conde, F.** (2002) "Los fines de la pena, en el I Congreso Europeo de Derecho penitenciario", X Jornadas Penitenciarias de Andalucía. (Jaén 2000). Tomo II Jaén, Soproarga S. A.
- Muñoz Cuesta, J.C.** (1997) "Reparación o disminución del daño causado", en *Las circunstancias atenuantes en el Código Penal de 1995*, Aranzadi, Pamplona.
- Nathanson, D.** (1994) "Shame and pride: affect, sex and the birth of the self", Paperback. Nortons. Pag 122 y ss.
- Neuman, E.** (1988) "El preso víctima del Sistema penal" en *Cuaderno Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, Nº Extra 1, pp. 93-114.
- Nistal Burón, J. (2015)** "La participación de la víctima en la ejecución penal.: su posible incidencia en el objetivo resocializador del victimario." *Diario La Ley*, nº 8555, pp. 1-9.
- Nistal Burón, J.** (2019) "La víctima en el derecho penitenciario". Editorial Tirant lo Blanch.
- Nogueras Martín, A.** (2001) "La mediación en el ámbito penal juvenil. Educar en la convivencia" *Educación Social* nº. 18 pp. 48-59.
- O'Connell, T, Wachtel, B y Wachtel, T.** (1998) "Conferencing handbook: new real Justice training manual". Editorial: Piper's Press (1622) pp. 33y ss.
- O'Connell, T., Wachtel, B., & Wachtel, T. (1999).** "Conferencing Handbook". Pipersville, PA: The Piper's Press.
- O'Connell, T.** (1998) "From Wagga Wagga to Minnesota". Paper presented at the First International Conference on Conferencing, Minneapolis, MN, USA.

- Ohmer, M.** (2007). "Citizen participación in neighborhood organizations and its relationship to volunteers' self- and colective efficacy and sense of community". *Social Work Research*, 31, pp. 109-120.
- Olalde Oltarejos, A.** (2015) "Estudio multidimensional de algunas prácticas de justicia restaurativa en el País Vasco con lentes de trabajo social (2007-2012)". Tesis doctoral, Universidad de Murcia.
- Orts Berenguer, E.** (1978) "Atenuante de análoga significación", Instituto de Criminología y Departamento de Derecho penal, Universidad de Valencia, pp. 54.
- Orts Berenguer, E, Vives Atón, TS y Boix Reig, J.** (1996) "Comentarios al Código Penal de 1995" en VIVES ANTÓN, T.S (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 211.
- Osorio, A.** (2019) "El principio de justicia restaurativa de la Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes". Recuperado de <http://www.iidejure.com/el-principio-de-justicia-restaurativa-de-la-ley-nacional-del-sistema-integral-de-justicia-penal-para-adolescentes/>.
- Otero González, P.** (2003) "La circunstancia atenuante analógica en el Código penal de 1995", Tirant lo Blanch, Valencia, p. 35.
- Palma Chazarra, L.** (2007) "La mediación como proceso restaurativo en el sistema penal", Tesis doctoral, Universidad de Sevilla.
- Parisi, F** (1998) "Customary Law in The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law", pp. 572-578.
- Parisi, F.** (2001) "The Genesis of Liability in Ancient Law", <https://pdfs.semanticscholar.org/8590/1bb77fc8fa288b0dd9b4239c3fb6a297216e.pdf>.
- Parsons, T** (1976) "El sistema social". *Revista de Occidente*, S.A. Madrid, pp, 400 y ss
- Pascual, E coord. y otros** (2013) "Los Ojos Del Otro. Encuentros Restaurativos Entre Víctimas Y Ex Miembros De Eta", editorial Salterrae y obra de teatro, <https://www.eitb.eus/es/cultura/detalle/3158294/la-mirada-otro--la-via-nanclares-confluye-eibar/>.
- Platón** (2018) "La República". Clásicos selección. Edición1. Edimat libros. P.52 y ss.
- Pelikan, C.** (2002) "Victim-Offender-Mediation in domestic violence cases – A comparison of the effects of Criminal Law intervention: the penal process and mediation. Doing qualitative research". *Forum Qualitative Social Research*, Vol. 3, nº 1, pp. 1-20.
- Peña González, C.** (2015) "Seguridad y Derecho: ¿bienes incompatibles?", en *Revista Fuerzas Armadas y Sociedad*. Año 18. Nº 3-4, pp. 147-156
- Perel, M.G.** (2012) "Mediación penal en la Ciudad de Buenos Aires: debates sobre su constitucionalidad y otros aspectos problemáticos de su regulación". *Revista Derecho Penal* Año I, nº1. Ediciones Infojus, pp. 161
- Pérez Rivas, N.** (2014) "Los derechos de las víctimas en la Unión Europea. Análisis de la Directiva 2012/29/UE", *Boletín CeDe UsC*, pp. 1 ss.
- Peters, T y Neys, A.** (1994) la pena considerada desde una perspectiva de reparación, Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de criminología, Nº8.
- Peters, T.** (1999) "Alternativas en el campo judicial". *Revista de educación social*, pp.1-19 recuperado de file:///C:/Users/virsu/Downloads/144295-Text%20de%20l'article-411079-1-10-20150702%20(1).pdf.
- Polaino Orts, M.** (2009) "Derecho penal del enemigo". Editorial Bosch.pp.100 y ss.
- Pranis, K, Stuart, B y Wedge, M.** (2003) "Peacemaking Circles: From Crime To Community". Editorial: Living Justice Pr, pp.128 y ss.

- Pranis, K.** (2006) "Manual para facilitadores de círculos. Editorial Conamaj (Comisión nacional para el mejoramiento de la administración de justicia)". Traducido por Sara Castillo (Conamaj) y Miguel Tello (Círculos S.A).
- Presser, L y Van Voorhis, P.** (2002) "Values and evaluation: assessing processes and outcomes of Restorative Justice programs". *Crime and delinquency*, 48(1), pp. 162-188.
- Pozuelo Pérez, L.** (1998) "Las atenuantes 21.4 y 21. 5º del actual Código Penal" en Cuadernos de Política Criminal. Núm. 65. Madrid, pp. 408.
- Pozuelo Pérez, L.** (2013) "La política criminal mediática: génesis, desarrollo y clases", Ed. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y sociales.
- Pulido Valero, R.** (2008) "¿Es la Justicia Restaurativa una opción real?: análisis comparativo de dos programas de mediación con menores infractores", en *Revista de Mediación* nº 1, España, pp. 17.
- Queralt Jiménez, J.J.** (1996) "Victimas y garantías: algunos cabos sueltos. A propósito del proyecto alternativo de reparación". *Anuario de derecho y Ciencias penales*, T. XLIX fascículo I, pp. 342 y ss
- Quintero Olivares, G.** (2004) "La responsabilidad civil y la reparación en la política criminal contemporánea en Responsabilidad civil "ex delicto", Cuadernos de Derecho Judicial, Nº 16, pp. 13-46.
- Rappaport, J.** (1987). "Terms of Empowerment/Exemplars of Prevention: Toward a Theory for Community Psychology". *American Journal of Community Psychology*, 15, (2), pp. 121-147.
- Rawls, J.** (1986) "Justicia como equidad. Materiales para una teoría de la justicia", Madrid, Tecnos traducción de Miguel Ángel Rodilla; pp.41 y ss.
- Rawls, J.** (1997), "Teoría de la Justicia", México: Fondo de Cultura Económica, p. 20.
- Reisel, D.**, febrero de 2013, "the neuroscience of Restorative Justice" , recuperado de https://www.ted.com/talks/daniel_reisel_the_neuroscience_of_restorative_justice/transcript?utm_campaign&utm_source=tusquetseditores.com&source=twitter&utm_medium=on.ted.com-twitter&utm_content=addthis-custom&awesm=on.ted.com_qckR&language=es
- Reid, J. B., Patterson, G.R. y Snyder, J. (eds.).** (2002)." *Antisocial Behavior in Children and Adolescents: A Developmental Analysis and Model for Intervention*". Washington, DC: American Psychological Association.
- Renart García, F.** (2015) "La intervención de la víctima en la ejecución de la pena de prisión en España", en *Revista de Derecho Penal* nº 52, pp. 77.
- Ríos Martín, J.C.** (2007) "Justicia Restaurativa y transicional en España y Chile: claves para dignificar víctimas y perpetradores", Granada. Editorial Comares S.L, pp.33 y ss.
- Ríos Martín, J, Pascual Rodríguez, E, Bibiano Guillen, A y Segovia Bernabé, J** (2012) "La mediación penal y penitenciaria", editorial Colex, pp 101.
- Rodríguez Devesa, J.M.** (2002) "Derecho penal español, parte general". Editorial: SL-Dykinson.
- Rodríguez Yagüe, C, Arroyo Zapatero, LA, Lascaráin Sánchez, JA, Pérez Manzano, M.** (2016). "Contra la cadena perpetua". Ediciones de la Universidad de Castilla la Mancha.
- Romero Coloma, A.M.** (1996) "El recluso y su victimización: nuevas perspectivas ante el recién aprobado reglamento general penitenciario". *Actualidad penal*, nº38, pp.14-20.
- Rosero de la Rosa, S.** (2016) "Conciliación en equidad: un aporte a la resolución de conflictos en materia de Derecho de Familia, en el municipio de Tumaco, Nariño", *Advocatus*, volumen 13 no. 26: pp. 189 - 224, Universidad libre seccional, Barranquilla.
- Rothbard, M. N.** (1973) "For a New Liberty. Capítulo 12 Sobre el Sector Público: la policía, las leyes y las cortes". Traducción de Ricardo D. Flores.

https://cdn.mises.org/For%20a%20New%20Liberty%20The%20Libertarian%20Manifesto_3.pdf

Rottman, D. y Casey, P. (1999). “*Therapeutic jurisprudence and the emergence of problem-solving courts*”. National Institute of Justice Journal, 240, pp12-19.

Rousseau, J. (2012) “*El contrato social*”. Editorial Edaf, rescatado de http://bibliotecadigital.ilce.edu.mx/Colecciones/ObrasClasicas/_docs/ContratoSocial.pdf

Roxin, C. (1976) “*Sentido y límites de la pena estatal*”, en Roxin, Claus, “*Problemas básicos del Derecho penal*”, trad. cast., LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, Madrid, Reus, p.12 y ss.

Roxin, C. (1991) “*La reparación en el sistema jurídico penal de sanciones. Jornadas sobre la reforma del derecho penal en Alemania*”. Ed, cuadernos del consejo general del poder judicial. Madrid, pp. 119 y ss.

Roxin, C. (1998) “*Tiene futuro el Derecho Penal*”, en Revista del Poder Judicial, 3ª época, nº 49.

Roxin, C. (1999) “*Pena y reparación*” Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Nº LII; P.9 y 10.

Roxin, C. (2006) “*Derecho penal. Parte General. Tomo I-Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*”. Editorial Civitas.

Roxin, C. (2007):” *La teoría del delito en la discusión actual*”, Grijley, Lima, pp. 74.

Ruiz-Pérez, I, Plazaola-Castaño, J, Del Río-Lozano, M. (2007) “*Physical health consequences of intimate partner violence in Spanish women*”. Eur J Public Health; 17(5), pp 437-443.

Saavedra Gutiérrez, M. (2018)” *El Estatuto de la Víctima del Delito: especial consideración a la justicia restaurativa: la mediación penal*”, Revista General de Derecho Procesal, núm. 45, pp. 1 ss.

Sáez Valcárcel, R. (2011). “*Mediación penal. Reconciliación, perdón y delitos muy graves. La emergencia de las víctimas*”, Cuadernos Penales José María Lidón, 8, pp. 71-125.

Sánchez Castiñeira, P. (2003) “*Reducción de las penas en supuestos de conformidad*”, Otrosí: publicación informativa del Colegio de Abogados de Madrid, nº 49, pp. 50-52.

Sánchez Romero, C. y Houed Vega, M.A. (1996) “*Abolicionismo y democracia*”. Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. Julio, año 8, número 11.

Schunemann, B. (1996) “*Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico penal alemana*”, trad. de M. Cancio Meliá, ADPCP, pp. 205 y ss.

Segovia Bernabé, J.L. (2010). “*Mediación penal comunitaria y justicia restaurativa. Perspectiva ética y jurídica*”. En J. L. Segovia Bernabé (Ed.), “*Mediación penal y penitenciaria. 10 años en camino*”. Madrid: Art&Press. pp. 17-56.

Sharpe, S. (1998). “*Restorative Justice: A Vision for Healing and Change*”. Alberta: Centro Edmonton para mediación y cambios www.mrjc.ca.

Silva Sánchez, J.M. (1991) “*Introducción a B. Schunemann (comp), el sistema moderno de derecho penal: cuestiones fundamentales*”. Estudios en honor de Claus Roxin en su 50º aniversario Madrid, pp. 19ss.

Silva Sánchez, J.M. (1997), “*Política Criminal y nuevo Derecho Penal*”, Libro Homenaje a Claus Roxin, Barcelona, pp. 20-21.

Silva Sánchez, J.M. (1997) “*Sobre la relevancia jurídico-penal de la realización de actos de los actos de reparación del daño*”. Revista del Poder Judicial, nº 45.

Silve, M. A. (1999) “*LoveHate, and Other Emotional Interference in the Lawyer/Client Relationship*”, 6 Clinical L. Rev. 259, pp. 293-94.

Soto Navarro, S. (2005)” *La influencia de los medios en la percepción social de la delincuencia*”. Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología. ISSN 1695-0194 11 de febrero de 2020 <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-09.pdf>

- Soto Rodríguez, M. L.** (2011) “*Conformidad con la acusación en el proceso*”. Diario la ley, 7728, Sección Esquemas Legales.
- Souto, M. A.** (2002) “*Teorías de la Pena y Límites al ius Puniendi Desde el Estado Democrático*”, 1ª Edición Editorial Dilex, pp. 92.
- Squaella, A.** (2010) “*Algunas concepciones de justicia*”. Anales de la Cátedra Francisco Suárez, 44 pp. 175-216.
- Stauffer, C.** (2016) “*Justicia transicional*”. Conferencia llevada a cabo durante el I Congreso de justicia y paz social Realizado en Ciudad de México.
- Strang, H.** (2002) “*Repair or revenge: victims and restorative Justice*”. Oxford: Clarendon Press, pp.25 y ss.
- Strang, H.** (2004).” *Is restorative justice imposing its agenda on victims?*” En H. Zehr & B. Toews (Eds.), “*Critical issues in restorative justice*”. Monsey, NY: Criminal Justice Press. pp. 95-106.
- Stubbs, J.** (2010) “*Relations of Domination and Subordination: Challenges for Restorative Justice in Responding to Domestic Violence*”, University of New South Wales Law, Journal 16(2); pp. 970-986.
- Subijana, I.J.** (2013)” *El paradigma de humanidad en la justicia restaurativa*”, Eguzkilore-Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, 27, pp. 143-153.
- Subijana, I.J., Porres, I. y Sánchez, M.** (2015)” *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/Journal of Victimology, 2, pp. 125-150.
- Sykes, G. Y Matza, D.** (1957).” *Techniques of neutralization: a theory of delinquency*”. American Sociological Review 22 (6), pp. 664-670.
- Sykes, G y Matza, D.** (1988)” *Techniques of neutralization*” in J.M. Henslim (ed)Down to Earth Sociology, Introductory Readings, Free Press. New York en relación con Sykes, G. and Matza, D. (1957). “*Techniques of neutralization: a theory of delinquency*”. American Sociological Review 22 (6), pp. 664-670.
- Tajfel, H. y Turner, J.** (1979), “*An integrative Theory of Intergroup Conflict*”. En Austin, William G.; Worchel, Stephen. The Social Psychology of Intergroup Relations. Monterey, CA: Brooks-Cole. pp. 94–109.
- Tamarit Sumalla, J.M** (2004) “*La introducción de la justicia reparadora en la ejecución penal: ¿una respuesta al rearme punitivo?*”, Iustel. Revista General de Derecho Penal, nº1.
- Tamarit Sumalla, J. M.** (2012) “*La articulación de la Justicia Restaurativa con el sistema de justicia penal, en La Justicia Restaurativa: desarrollo y aplicaciones*”. Ed. Comares, Granada.
- Tamarit Sumalla, J.** (2012). La justicia restaurativa: Concepto, principios, investigación y marco teórico. En J. Tamarit Sumalla (Ed.), La justicia restaurativa: desarrollo y aplicaciones. Estudios de Derecho Penal y Criminología, nº 122, pp. 3-60.
- Tamarit Sumalla, J.M.** (2015)” *La reparación y el apoyo a las víctimas*”, en Tamarit, J. (coord.)” *El Estatuto de las víctimas de delitos*”, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 305-35.
- Tamarit Sumalla, J.M.** (2017)” *Una lectura victimológica del Estatuto jurídico de las víctimas*”. Cuadernos Penales José María Lidón, pp. 115-138.
- Tamarit Sumalla, J. M** (2018) “*Sección especial: La Recomendación (2018) 8 del Consejo de Europa sobre justicia restaurativa en asuntos penales. El caso de Francia, Italia, Alemania, Suiza y España*”. Revista de Victimología, N. 8/2018.
- Teitel, R. G.** (2003) “*Transitional Justice Genealogy*”, Harvard Human Rights Journal, (16), pp. 69 ss.

- Toews, B.** (2006) *"The Little Book of Restorative Justice for People in Prison: Rebuilding the Web of Relationships"*. (The Little Books of Justice And Peacebuilding) Good Books.
- Toews, B.** (2008) *"Restorative justice lessons from offenders"*. In M. E. Armster & L. S. Amstutz (Eds.), *"Conflict transformation and restorative justice manual: foundations and skills for mediation and facilitation"*, pp. 99–101. Akron, Pa., USA: Office of Justice and Peacebuilding.
- Tomkins, S. S.** (1987) *"Shame"*. In D. L. Nathanson (Ed.), *"The many faces of shame"*. The Guilford Press, pp. 133-161.
- Tonche, J. y Umaña, C. E.** (2017) *"Sistema integral de verdad, justicia, reparación y no repetición. Un acuerdo de justicia ¿restaurativa?"*. Derecho del Estado n.º 38, Universidad Externado de Colombia, pp. 223-241. doi: <https://doi.org/10.18601/01229893.n38.09>
- Torío López, A.** (1986) *"El sustrato antropológico de las teorías penales"*. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense. N.º. Extra-11, (Ejemplar dedicado a: Estudios de derecho Penal en homenaje a Luis Jiménez de Asúa), págs. 667-678.
- Torío López, A.** (1986) *"La prohibición constitucional de las penas y tratos inhumanos o degradantes"*, Poder Judicial, 4, pp. 81.
- Torrent, L.** (2007) *"Sawabona, la tribu africana con una bellísima costumbre"* consultado el 12 de enero de 2018 <https://muhimu.es/diversidad/sawabona/>
- Torres Rosell, N.** (1992) *"Aspectos procesales del perdón"*, Cuadernos de Política Criminal, n.º 46, p.225.
- Torres Rosell, N.** (2005). *"La pena de trabajos en beneficio de la comunidad: opinión de los sujetos implicados en su aplicación y ejecución"* en Revista General de Derecho Penal, N.º4, p.22.
- Tutu, D.M.** (1999) *"No Future Without Forgiveness"*, Nueva York: Doubleday, pp.10 y ss.
- Ulpiano Paricio, J.** (1999) *"Los juristas y el poder político en la antigua Roma"*. Granada: Editorial Comares, S.L. P.50 y ss.
- Umbreit, M.; Zehr, H.** (1996). *"Restorative Family Group Conferences: Differing Models and Guidelines for Practice"*. Federal Probation. Vol. LX, N.º 3, p. 28.
- Umbreit, M.** (1998) *"Restorative Justice through Victim-Offender Mediation: A Multi-Site Assessment"* Western Criminology Review 1 (1).
- Umbreit, M.S. y Coates R.B.** (2000) *"Multicultural Implications of Restorative Justice: Potential Pitfalls and Dangers"*. Washington (D.C.): Departamento de Justicia de EUA, Oficina de programas de Justicia y Oficina para las Víctimas del Crimen.
- Uriás Martínez, J.** (2001) *"El valor constitucional del mandato resocializador"*, en Revista Española de Derecho Constitucional, n.º 63, Septiembre/Diciembre.
- Vaandering, D.** (2013) *"A window on relationships: reflecting critically on a current restorative justice theory"*. Restorative justice: an-International Journal, 1 (3) pp. 311-333.
- Vanfraechem, I, Aertsen, I y Willemsens, J.** (2010) *"Restorative Justice Realities. Empirical Research in a European Context"*. La Haya: Eleven International Publishers.
- Valdés Osorio, G.A.** (1999) *"El trabajo a favor de la comunidad y su conminación, aplicación y ejecución"*, en Iter Criminis, n.º 2, pp.225.
- Van Ness, D y Stron K.** (1997) *"Restoring Justice"*. First Edition. Editorial Routledge, pp.47 y ss.
- Van Ness, D y Daniel, W.** (2006) *"Principios y desarrollos actuales de la justicia restaurativa"*. En, Bernal Acevedo, Fabiola y Castillo Vargas, Sara, compiladoras., *"Justicia restaurativa en Costa Rica: Acercamientos teóricos y prácticos"*. I Congreso de Justicia Restaurativa. Costa Rica, junio de 2006. San José: Comisión nacional para el Mejoramiento de la Administración de Justicia. pp. 33-48.

- Van Ness, D y Heetderks Strong, K.** (2014) " *Restoring Justice: An Introduction to Restorative Justice* " Editorial Routledge, pp. 40 y ss.
- Varona Gómez, D.** (2009) "¿Somos los españoles punitivos?: Actitudes punitivas y reforma penal en España", Indret: Revista para el Análisis del Derecho, nº 1, pp. 1-31, en <http://www.indret.com/code/getPdf.php?id=1193&pdf=599.pdf>
- Varona, G.** (2008) " *Justicia restaurativa a través de los servicios de mediación penal en Euskadi. Evaluación externa de su actividad*", recuperado de <https://www.justizia.eus/servlet/Satellite?blobcol=urldata&blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadervalue1=filename%3Devaluacion-externa-2009-GEMA-VARONA.pdf&blobkey=id&blobtable=MungoBlobs&blobwhere=1290511108440&ssbinary=true>
- Veysey, B, Martínez, D.J y Christian, J.** (2009) " *Indentity transformation and offender change* ". In B. Vensey, J. Christian y D.J. Martínez (eds), " *how offenders transform their lives*". Cullompton: William Publishing, pp.1-11.
- Vives Antón, T. S.** (1996) " *Fundamentos del sistema penal* ", Valencia, Tirant lo Blanch, pp.23 y ss.
- Villamar Montos, P. R.** (2005) " *La víctima y el proceso penal* ", en Responsabilidad civil "ex delicto", Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, XVI, Madrid.
- Von Hentig, H.** (1979) " *The Criminal and his Victim* ". Hamdem, EE. UU.: Ed. Archon Books. Citado, (García Pablos de Molina ,1993, p. 56).
- Von Liszt, F.** (1998) " *La idea del fin en el Derecho penal* ". Monografías Jurídicas. Santa Fé de Bogotá. Colombia. Editorial Temis, p.82.
- Walgrave, L.** (2001) " *On restoration and punishment: favourable similarities and fortunate differences* ". En A. Morris & G. Maxwell (Eds.), " *Restorative justice for juveniles. Conferencing, mediation & circles* ". Oxford-Portland, Oregon: Hart, pp. 17-37.
- Walgrave, L.** (2004/2010) " *Has Restorative Justice appropriately responded to retribution theory and impulses?* ". In H. Zehr y B. Toews (eds) " *Critical issues in Restorative Justice* ", London: Lynne Rienner Publishing, pp. 47-60.
- Walgrave, L.** (2008) " *Restorative justice, self-interest and responsible citizenship* ". Cullompton: Willan.
- Ward, T, Fox, A y Garber, M.** (2014) " *Restorative Justice, offender rehabilitation, and desistance* ". Restorative Justice: an international journal, 2 (1), pp 24-42.
- Watchel, T.** (1998) " *Real justice, how can we revolutionize our response to wrongdoing* ". Editorial. Piper's Press, pp. 10 y ss.
- Weiss, B.** (2017). " *La justice restaurative: créer le dialogue entre criminels et victimes* ". Recuperado desde <https://information.tv5monde.com/info/la-justice-restaurative-creer-le-dialogue-entre-criminels-et-victimes>
- Welzel, H.** (2003) " *Estudios de derecho penal. Estudios sobre el sistema de derecho penal. Causalidad y acción. Derecho penal y filosofía* " Montevideo-Buenos Aires, Editorial B de F, pp.63 y ss.
- Wertham, F.** (1949) " *The show of violence* ". Doubleday & Company, Inc. Hardcover, p. 230 y ss.
- Westmarland, N y Godden, N.** (2012) " *I just wanted him to hear me: sexual violence and the possibilities of Restorative justice* ". Journal of Law and Society, 39, pp. 213-240.
- Wexler, D. B and Winick, B. J.** (1991) " *Therapeutic Jurisprudence as a New Approach to Mental Health* " Law Policy Analysis and Research, 45 U. Miami L. Rev. 979.
- Wexler, D.** (1997) " *Therapeutic Jurisprudence in a Comparative Law Context* ", Behavioral Sciences and The Law, Vol.15 pp.233-246.

- Wexler, D. B.** (1997) "How The Law Can Use What Works: A Therapeutic Jurisprudence Look at Recent Research in Rehabilitation", 15 Behav. Sci. & L, pp.365- 367.
- Wexler, D.B.** (2013). "Getting and Giving: What Therapeutic Jurisprudence can Get from and Give to Positive Criminology". Phoenix Law Review, 6, 907-915. Recuperado de: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2220509.
- Wilson, R. A.** (2001). "The Politics of Truth and Reconciliation in South Africa: Legitimizing the Post-Apartheid State." Cambridge: Cambridge University Press, pp.67 y ss.
- Wilson, M.** (2007) "Inside out: how does an in-prison victim awareness programme affect recidivism?". (Masters dissertation). Lucy Cavendish College. United Kingdom.
- Winick, B. y Wexler, D.** (2003) "Judging in a therapeutic key: Therapeutic jurisprudence and the court", ed. Carolina Academic Pr, pp.80 y ss.
- Workman, K.** (2016) "Restorative Justice in New Zealand Prisons: Lessons from the Past". Prison Service Journal. 228, pp. 21-29.
- Wright, M y Galaway, B.** (1989) "Mediation and criminal justice: victims, offenders and community", Londres, Sage Publications, pp.37 y ss.
- Wright, M.** (1996) "Justice for Victims and Offenders: A Restorative Response to Crime". Winchester: Waterside Press.
- Yantzi, M.** (1998) "Sexual Offending and Restoration". Waterloo, Ontario: Herald Press.
- Zaffaroni, E. R.** (1987): "Perspectivas de los Derechos Humanos en los sistemas penales latinoamericanos", en A. Beristain, J.L. de la Cuesta (Comps.), "El delito desde la antropología cultural: cuestiones fundamentales", V Cursos de Verano en San Sebastián, Universidad del País Vasco, Bilbao, pp. 157.
- Zaffaroni, E. R.** (2011) "Manual de Derecho Penal Parte General". Buenos Aires. Ediar. Sociedad Anónima Editora.
- Zaldivar, D.** (1998). "Alternativas en psicoterapia". La Habana: Academia.
- Zaragoza Tejada, J.I.** (2017) "La mediación y la Justicia Restaurativa en el procedimiento penal del menor", en De La Cuesta, J.L. y Subijana, I.J. "Justicia restaurativa y terapéutica: hacia innovadores modelos de justicia". Valencia. Tirant lo Blanch.
- Zato Echeverría, M.** (2015) "Una aproximación al mapa de la mediación en la Unión Europea". Revista de mediación. Volumen 8, nº1, pp.1-12.
- Zehr, H.** (1990) "Cambio de lentes: un nuevo enfoque para el crimen y la justicia". Herald Press, Pennsylvania. Traducido por: Cristián D. Quezada González, José Elías Alejandro Sánchez Ibarra, Sylvia Whitney Beitzel y Vernon E. Jantzi.
- Zehr, H y Mika, H.** (1998) "Fundamental principles of Restorative Justice". The contemporary Justice review, Vol I, nº 1, p.47-55.
- Zehr, H.** (1998) "Justice as restoration, Justice as respect". The Justice Professional, 11, pp.71-87.
- Zehr, H.** (2003) "Retributive justice, Restorative justice". G. Johnstone (ed). A Restorative Justice Reader: text, sources, context. Willian Publishing, pp.69 y ss.
- Zehr, H.** (2007) "El pequeño libro de la Justicia Restaurativa", Intercourse PA, Good Books,
- Zehr, H, MacRae, A, Pranis, K, Stutzman Amstutz, L.** (2015) "The Big Book of Restorative Justice: Four Classic Justice & Peacebuilding Books in One Volume (Justice and Peacebuilding)". Editorial Good Books.

Zehr, H. (2011) “*Justice a restoration of trust*”. Zehr Institute for Restorative Justice blog, recuperado de <https://emu.edu/now/restorative-justice/2011/02/08/justice-as-restoration-of-trust/>.

Zehr, H. (2013) “*Restorative justice and system change*,” part II. Zehr Institute for Restorative Justice blog. Recuperado de. <https://emu.edu/now/restorative-justice/2013/07/08/restorative-justice-and-system-change-part-ii/>.

Zehr, H. (2014) “*Conferencia sobre Justicia Restaurativa en delitos graves*”, pronunciada durante el I Congreso Nacional de mecanismos alternativos de solución de conflictos, julio de 2014. Tamaulipas (México).

Zehr, H, MacRae, A, Pranis, K, Stutzman Amstutz, L. (2015) “*The Big Book of Restorative Justice: Four Classic Justice & Peacebuilding Books in One Volume (Justice and Peacebuilding)*”. Editorial Good Books.

Zernova, M. (2006) “*Working under de aegis of the criminal Justice system: implications for restorative justice practice*”. British Journal of Community Justice, 4 (3), pp. 67-69.

Zorrilla B, Pires M, Lasheras L, Morant C, Seoane L, Sanchez LM, Galán I, Aguirre R, Ramírez R, Durbán, M. (2010) “*Intimate partner violence: last year prevalence and association with socio-economic factors among women in Madrid*”, Spain. Eur J Public Health; 20(2) pp. 169-75.

Zúñiga Rodríguez, L. (2018) “*Dogmática funcionalista y política criminal: una propuesta fundada en los derechos humanos.*” Derecho n°.81 Lima, pp.117 y ss.