

39

INCLUYE ACCESO
A LA VISUALIZACIÓN
ONLINE DEL FONDO
COMPLETO DE
LA REVISTA

S PROVIDE ET PRO

Revista

Enero 2017

39

Revista Penal

Penal

Enero 2017



Revista Penal

Número 39

Sumario

Doctrina:

- Caso *Rwabukombe*: interpretación del Tribunal Supremo Federal alemán de la (co)autoría y la intención de destruir en el genocidio, por *Kai Ambos* 5
- Política criminal y terrorismo en el Reino de España: ¿tiempos nuevos o *déjà vu*?, por *David Castro Liñares* 16
- Sobre la delimitación entre el delito de blanqueo de capitales del art. 301.1 CP y la participación por título lucrativo del art. 122 CP: una primera aproximación, por *Juana del Carpio Delgado* 31
- Revisión crítica de los presupuestos, carácter y alcance de la pena de inhabilitación profesional en el CP español: referencia especial a la inhabilitación profesional médica, por *Javier de Vicente Remesal* 50
- A vueltas con el bien jurídico protegido en el art. 290 CP, por *Paz Francés Lecumberri* 66
- Artículo 76.2 CP: una evolución jurisprudencial aún inacabada, por *Manuel Gallego Díaz* 78
- Responsabilidad penal y responsabilidad política: elementos para la diferenciación y la confluencia, por *Mercedes García Arán* 95
- ¿Es posible la comisión imprudente del delito de falsificación de documentos públicos cometido por funcionario? Hacia una clarificación del tipo subjetivo del artículo 250 CP cubano, por *Dayan G. López Rojas* 113
- La cuestionable regulación penal de los delitos de financiación ilegal de partidos políticos, por *Elena Núñez Castaño* 125
- El derecho de la víctima a ser informada en el sistema penal español, por *Natalia Pérez Rivas* 154
- Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos en el Código Penal de 2015: artículos 197, 197 bis, 197 ter, 197 quáter, 197 quinquies y 198, por *María del Valle Sierra López* 174
- Los círculos restaurativos como complemento de la justicia, por *Rocío Zafra Espinosa de los Monteros* 200
- Sistemas penales comparados:** La administración desleal de patrimonio ajeno (Embezzlement) 216
- Jurisprudencia:** Un nuevo despropósito jurídico en el caso *Prestige*: ahora el Tribunal Supremo (comentario a la STS nº 865/2015, Sala Segunda, de lo penal, de 14 de enero de 2016), por *Carlos Martínez-Buján Pérez* 256
- Noticias:** VIII Foro Internacional sobre Delincuencia y Derecho Penal en la Era Global (Beijing- octubre 2016), por *Miguel Abel Souto* 284



Universidad
de Huelva



UNIVERSIDAD
DE SALAMANCA



tirant lo blanch

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha, Pablo Olavide de Sevilla y la Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal.

Dirección

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva
jcferreolive@gmail.com

Secretarios de redacción

Víctor Manuel Macías Caro. Universidad Pablo de Olavide
Miguel Bustos Rubio. Universidad de Salamanca

Comité Científico Internacional

Kai Ambos. Univ. Göttingen	Borja Mapelli Caffarena. Univ. Sevilla
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha	Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca	Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg	Enzo Musco. Univ. Roma
José Luis de la Cuesta Arzamendi. Univ. País Vasco	Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Albin Eser. Max Planck Institut, Freiburg	Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra	Claus Roxin. Univ. München
George P. Fletcher. Univ. Columbia	José Ramón Serrano Piedecabras. Univ. Castilla-La Mancha
Luigi Foffani. Univ. Módena	Ulrich Sieber. Max Planck. Institut, Freiburg
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha	Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
Vicente Gimeno Sendra. UNED	Klaus Tiedemann. Univ. Freiburg
José Manuel Gómez Benítez. Univ. Complutense	John Vervaele. Univ. Utrecht
Carmen Gómez Rivero. Univ. Sevilla	Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires
José Luis González Cussac. Univ. Valencia	Manuel Vidaurri Aréchiga. Univ. La Salle Bajío

Consejo de Redacción

Miguel Ángel Núñez Paz y Susana Barón Quintero (Universidad de Huelva), Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha), Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura), Fernando Navarro Cardoso y Carmen Salinero Alonso (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda, Nieves Sanz Mulas y Nicolás Rodríguez García (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela), Elena Núñez Castaño (Universidad de Sevilla), Pablo Galain Palermo (Max Planck Institut - Universidad Católica de Uruguay), Alexis Couto de Brito y William Terra de Oliveira (Univ. Mackenzie, San Pablo, Brasil).

Sistemas penales comparados

Martin Paul Wassmer (Alemania)	Manuel Vidaurri Aréchiga (México)
Luis Fernando Niño (Argentina)	Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
Alexis Couto de Brito (Brasil)	Carlos Enrique Muñoz Pope (Panamá)
Jia Jia Yu (China)	Frederico Lacerda da Costa Pinto (Portugal)
Roberto Madrigal Zamora (Costa Rica)	Svetlana Paramonova (Rusia)
Elena Núñez Castaño (España)	Volodymyr Hulkevych (Ucrania)
Luigi Foffani (Italia)	Pamela Cruz (Uruguay)
Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)	

www.revistapenal.com

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
<http://www.tirant.com>
Librería virtual: <http://www.tirant.es>
DEPÓSITO LEGAL: B-28940-1997
ISSN.: 1138-9168
IMPRIME: Guada Impresores, S.L.
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro Procedimiento de quejas.



Los círculos restaurativos como complemento de la justicia

Rocío Zafra Espinosa de los Monteros

Revista Penal, n.º 39 - Enero 2017

Ficha Técnica

Autor: Rocío Zafra Espinosa de los Monteros

Title: Restorative circles as a Complement to Justice

Adscripción profesional: Instituto de Justicia y Litigación Alonso Martínez, Universidad Carlos III de Madrid.

Sumario: I. Introducción. II. La justicia restaurativa como complemento de la justicia retributiva. III. Fundamento de la justicia restaurativa. IV. El ámbito objetivo de aplicación de los procedimientos de justicia restaurativa. V. Características. VI. Principios de la justicia restaurativa. VII. Ventajas y posibles inconvenientes de la justicia restaurativa. VIII. Modelos de justicia restaurativa. IX. La justicia juvenil. X. Círculos restaurativos. XI. ¿Afectación de la presunción de inocencia y del derecho de defensa? XII. Bibliografía.

Resumen: La Justicia retributiva, basada principalmente, en el castigo al culpable del delito, no está dando los frutos esperados. El nivel de reincidencia de los últimos años, va en aumento. Es por este motivo, por los que la sociedad reclama un cambio en la justicia, en su significado y su eficacia. Por ello, surgen las tesis de corte restaurativa, donde el castigo del autor deja paso a la reparación del daño y a ofrecer a la víctima un papel protagonista. Igualmente, la justicia restaurativa no sólo puede ser utilizada para la reparación sino para la prevención. Los círculos restaurativos, objeto de este estudio, son considerados una modalidad de la Justicia restaurativa, apta para la justicia de menores. Aplicados bajo los principios de la justicia restaurativa restaurativos, operará en el proceso penal. La única cuestión que nos queda por solventar es la posible limitación del derecho de defensa y la presunción de inocencia.

Palabras claves: Justicia restaurativa, justicia retributiva, círculos restaurativos; menores, reparación, víctima, acuerdo; presunción de inocencia

Abstract: Retributive justice, based mainly on the punishment of guilty to the offense, is not giving the expected results. The rate of recidivism in recent years, looks set to increase. It is for this reason by which society demands a change in justice, in its meaning and effectiveness. Therefore, the thesis restorative court, where the punishment the author gives way to repair the damage and offer the victim a leading role arise. Similarly, restorative justice can be used not only for repair but for prevention. Restorative circles, the subject of this study, are considered a form of restorative justice, suitable for juvenile justice. It applied under the principles underlying restorative justice operate in criminal proceedings. The only question that remains to be overcome is the possible limitation of the right of defense and the presumption of innocence.

Key words: Restorative justice; retributive justice, restorative circles, minor; reparation; victim; accordance; presumption of innocence.

Rec: 25.05.2016 **Fav:** 05.10.2016

I. INTRODUCCIÓN

El castigo, como concepción generalizada en todos los Estados, es la reacción de éste frente a la comisión de delitos y será ejecutado exclusivamente a través de la Jurisdicción, a través del proceso penal. Sin duda, esto supone una garantía para los justiciables ya que se excluyen otras formas de represión como la autotutela.

No obstante, esta justicia denominada, justicia retributiva, parece no suponer una solución al conflicto social que genera la comisión de la conducta delictiva y, sobre todo, es ineficaz para la reparación de la víctima¹— que en actual proceso penal es la gran olvidada—.

De este modo, parece que la función preventiva y re-socializadora que tiene la justicia penal no se cumple con las fórmulas tradicionales. Por ello, es necesaria la aplicación de nuevos mecanismos que permitan una solución más eficiente. Como dice SOLETO MUÑOZ, *las nuevas corrientes apuntan no sólo a un derecho penal que garantice los derechos a través del castigo, sino que lo haga a través de la reeducación y rehabilitación del victimario y de la reparación de la víctima*².

Con este planteamiento, no podemos negar que la justicia está pasando por uno de sus peores momentos. Sumida en una profunda crisis, la sociedad parece confiar poco en la Administración de Justicia por la excesiva duración en obtener una respuesta, por la sensación de que la respuesta judicial no resulta útil para solucionar el conflicto social planteado, o bien por el sentimiento generalizado de que la justicia no es igual para todos.

Lo que está claro es que es necesario buscar nuevas fórmulas que permitan a la sociedad creer en los tribunales de justicia y que los afectados por los conflictos sientan que sus pretensiones están satisfactoriamente resueltas.

Está claro que la aplicación de las fórmulas restaurativas, donde víctima y ofensor reconocen y llegan a la solución del conflicto, tiene muchas ventajas y no debemos entenderla como una «justicia para ricos», es decir, donde las personas con mayores recursos económicos pueden comprar la solución.

No obstante, la justicia restaurativa no está exenta de inconvenientes que, en cierta forma, deben considerarse ajenos a las fórmulas o efectividad de los

acuerdos de reparación. No obstante, nos encontramos con las apreciaciones de algunos profesionales del derecho que ven como puede peligrar su trabajo y reputación, si ven que puede solucionarse el conflicto sin que se pretenden sus servicios frente a los tribunales. Además, las reticencias de los integrantes del poder judicial, que en ocasiones puede resultar perjudicial para que el conflicto pueda solucionarse sin su intervención. Todo ello, es fruto del desconocimiento de las ventajas que puede suponer la justicia restaurativa, que, de momento, sólo puede ser considerada una fórmula complementaria a la justicia tradicional y que supondrá una mayor eficacia y eficiencia en la administración de una solución al conflicto y la descongestión de los Tribunales de Justicia que tendrán por cometido la solución de aquellos supuestos en que por sus características no sean acordes con la aplicación de fórmulas restaurativas.

II. LA JUSTICIA RESTAURATIVA COMO COMPLEMENTO DE LA JUSTICIA RETRIBUTIVA

Tradicionalmente se ha entendido que los métodos de justicia restaurativa como una alternativa a la justicia tradicional. Es este uno de los motivos por lo que se vetaba la posibilidad de aplicarla a la justicia penal ya que se entiende que el *ius puniendi* lo tiene en exclusiva el Estado aplicado a través de los juzgados y tribunales.

Por ello, actualmente, se deben configurar como un modelo que complementa a la justicia retributiva y que puede conseguir mejores resultados puesto que las partes se involucran en la búsqueda de la solución del conflicto, participan en él y lo más importante es que se sienten escuchadas.

La justicia tradicional, conocida como corriente de justicia retributiva, Una justicia, que se basa en la fórmula de acción /reacción, es decir, la comisión de un ilícito tipificado en el Código Penal como delito o falta requiere un reproche, un castigo que bajo el prisma de la Justicia tradicional solo pueden dar el que ostenta la titularidad exclusiva del *ius puniendi*, es decir: EL ESTADO.

Como se ha planteado, se basa en la imposición de un castigo «justo» ante la comisión de una infracción penal. No obstante, el término «justo» no está exento

1 Hay que tener en cuenta que tanto la rehabilitación del imputado como la protección a la víctima son las funciones esenciales del proceso penal, MORENO CATENA, V., *Derecho Procesal Penal*, Colex, Madrid, 1999, p. 43-44.

2 SOLETO MUÑOZ, H., «La justicia restaurativa como elemento complementario de la justicia tradicional», en *Sobre la Mediación Penal (Posibilidades y límites en un entorno de Reforma del Proceso Penal Español)*, en Aranzadi, 2012, p. 42-43.

de problemas puesto que, sin ánimo de profundizar, parece un término con una concepción muy subjetiva.

En realidad, son pocos los procesos penales incoados en el que las partes se sienten satisfechas con la resolución dada por el juzgador, que tan sólo atenderá a la aplicación de la ley para la solución del conflicto a él sometido, con base en el principio de sumisión al imperio de la ley. Esta insatisfacción proviene de ambas partes, acusador y acusado, que en pocas ocasiones ven resarcidas sus necesidades.

Por otro lado, hay que tener en cuenta en cuantas ocasiones se cumplen con los fines constitucionalmente previstos en aquellos casos en que se dicta una sentencia de condena. Es decir, nos tenemos que preguntar, las sentencias de condena cumplen con los fines resocializadores y de reinserción que marca nuestra Norma Suprema.

De este modo, y ya que el modelo de justicia retributiva parece que no es suficiente para la satisfacción total y final de las partes y el conflicto en sí, se intentan buscar mecanismos de justicia restaurativa que permitan conseguir la participación de las partes en la solución del conflicto y que se llegue a una solución más equitativa y justa para ambas.

Debemos partir de la base que la participación de la víctima en nuestro sistema de justicia penal, resulta más intensa que en los ordenamientos jurídicos impregnados por el sistema *common law*. No obstante, con los sistemas de justicia restaurativa, la participación de las partes debe ser más activa, y así mitigar las consecuencias negativas del conflicto³.

Nuestro ordenamiento jurídico, basado en el principio de legalidad y arraigado al sistema de justicia retributiva, se abren paso estas nuevas fórmulas de justicia restaurativa. Sin embargo, la utilización de estos modelos, se realizará mediante la derivación judicial puesto que se entiende que ante la comisión de delitos no cabe la «justicia privada». Y me explico, las partes podrán encontrarse para abrir un proceso de comunicación en el que puedan adoptar medidas simbólicas y de reparación a la víctima; podrán entender las verdaderas motivaciones de cada una de ellas, pero en ningún caso podrán entrar en la cuantía ni siquiera en la necesidad o no de imponer una sentencia de condena. Estos acuerdos de reparación en los que puede desembocar los encuentros de justicia restaurativa podrán entrar en el procedimiento penal, que obligatoriamen-

te se abrirá conforme a la aplicación del principio de legalidad y suponer un cierto beneficio al acusado a través de las instituciones procesales de la conformidad premiada o atenuación de la pena por reparación a la víctima. Pero, además, hay que tener en cuenta que se han la justicia restaurativa puede aplicarse en supuestos en los que no reportarán al victimario ningún beneficio ni procesal ni penitenciario. Me refiero a los encuentros restaurativos denominados como «la vía Nanclares» en los que los victimarios tenían que mostrar arrepentimiento y voluntad de salir de la organización terrorista ETA y en la que las víctimas conseguían, desde el punto de vista de reparación simbólica, el obtener respuesta acerca del atentado que mató a algún familiar o en su caso, los lesionó directamente. Estos mecanismos, no suponen una atenuación de la condena, ni siquiera la obtención de beneficios penitenciarios. Tan sólo se desarrollaban para obtener la reparación total de la víctima. Como ejemplo más reciente, tenemos al preso por delitos de terrorismo que abandonó el centro penitenciario tras 19 años de prisión privativa de libertad en España, Urrusolo Sistiaga, que en 2008, se adhirió a la vía Nanclares y pidió nuevos «pasos» hacia la paz y expuso la necesidad de reparar el daño causado a las víctimas⁴.

Sin embargo, no podemos perder de vista que la Justicia restaurativa no es aplicable a cualquier conducta delictiva. Por ello, será necesario que se examinen las circunstancias del caso concreto para determinar si es un caso derivable o no. Circunstancias del caso concreto que se basarán: por un lado, en las partes del conflicto y por otro, en las circunstancias que rodean a la conducta delictiva.

En lo que respecta a las partes del conflicto, estas deben someterse a estos encuentros de manera responsable y voluntaria. No se llegará a nada si acuden a los mismos como fórmula para retrasar la entrada del juzgador o como maniobra de disuasión a la víctima. Tampoco podemos entender que las partes acudan de manera obligada para conseguir la atenuante de reparación de la víctima puesto que no podemos olvidar que estos encuentros se pueden dar por finalizado por alguna de las partes, víctima o victimario, o incluso el propio tercero que ayuda en el proceso de comunicación en cuanto observa alguna de estas maniobras perniciosas. Lo que está claro es que es necesario que ambas partes estén en el mismo plano psicológico. Es

3 SOLETO MUÑOZ, P. 44

4 Vid. http://www.huffingtonpost.es/2016/02/28/urruolo-sistiaga-eta_n_9340866.html (consultado el 02.03.16)

decir, que estén en el mismo nivel de empoderamiento para que puedan sentirse una frene a otra y así poder dialogar sin miedo a futuras y posibles represalias. Si no es así, es imposible realizar este tipo de técnicas, salvo que la parte más débil se someta a ese empoderamiento externo y psicológico para poder afrontar estas prácticas restaurativas. Solo así el acuerdo que se alcance se entenderá lleno de contenido y de posible cumplimiento.

En cuanto a las circunstancias del caso concreto: determinar qué conductas delictivas pueden derivarse a las prácticas de justicia restaurativa, resulta algo más complicada. No podemos atender a la gravedad del delito como factor para derivar o no a las prácticas de justicia restaurativa. Pero tampoco debemos hacer un catálogo no de conductas delictivas ni de circunstancias específicas puesto que sólo la suma de los factores personales y delictuales, pueden hacernos entender cuando es favorable la aplicación o no de las prácticas de justicia restaurativa.

III. FUNDAMENTO DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA

La tendencia a la aplicación de la justicia restaurativa se debe a que la justicia tradicional sufre una gran crisis. La sociedad desconfía de ella y su funcionamiento genera gran incertidumbre y frustración entre la ciudadanía. Se entiende que la conducta delictiva en cuestión no está suficientemente castigada. O bien, el paso del tiempo o las necesidades del victimario, no pueden tenerse en cuenta por la Justicia tradicional que sólo tiene que aplicar la ley sin atender a las circunstancias personales de víctima o victimario— piénsese en los casos en que el toxicómano que comete un delito y tras el paso de los años y una vez rehabilitado, tiene que entrar en prisión; o bien, la madre que desesperada por no poder dar de comer a sus hijos saca dinero con una tarjeta que se encuentra en la calle en vez devolverla—. En alguno de estos supuestos, tanto la víctima como la sociedad reclaman compasión para el agresor, pero la Justicia tradicional no puede entender de otra cosa que de interpretar y aplicar aquello que viene determinado

en las normas y a través del procedimiento legalmente establecido.

Y por otro lado, como se ha anunciado ya, los principales fines de la pena, la re-socialización y re-educación, no se cumplen. Y muchos son los que reinciden en la conducta delictiva.

A todo ello, hay que sumarle el problema de la victimización secundaria en que la parte ofendida por el hecho delictivo se ve sometida. Como se dijo, la víctima en los sistemas occidentales tiene cierta participación puesto que se le da la posibilidad de acudir como acusador particular. No obstante, a los efectos «sentimentales» es la gran olvidada en el proceso penal en el que no cuenta apenas con protagonismo. En el caso en que no se persone, la víctima aparece sin casi derechos frente a un victimario al que se le refuerzan. Es decir, en el proceso penal se procede sin tener en cuenta la voluntad del ofendido por la infracción penal, configurándose como un testigo más⁵.

En este sentido, hay que tener en cuenta que, en el proceso penal, no se tienen en cuenta los sentimientos de las partes, ni las razones por las que se genera el «conflicto social». El juez, que sólo tiene que interpretar y aplicar las normas en el caso concreto, no puede detenerse en cuestiones subjetivas de las partes salvo aquellas que puedan suponer una atenuación, agravación o eximente de la pena.

Todo esto unido a la gran rigidez del sistema y a la poca eficiencia del sistema penal actual, se definen como uno de los principales motivos por los que es necesario utilizar otras fórmulas que permitan conseguir el resultado deseado.

Es decir, en este contexto, la Justicia restaurativa debe defenderse como un complemento necesario a la justicia tradicional. Así, como afirma GÓMEZ DE LIAÑO, la situación permanente de crisis y la necesidad de acelerar y descongestionar la justicia penal son circunstancias suficientes que deben tenerse en cuenta para entender la cabida del principio de oportunidad como principio rector de nuestro proceso penal⁶.

5 GÓMEZ DE LIAÑO, R., «Algunas notas sobre mecanismos alternativos a la acción penal. El principio de oportunidad en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011», en *Sobre la mediación penal (posibilidades y límites en un entorno de reforma del proceso penal español)*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2012, p. 390 MARTÍNEZ SOTO, T., «La mediación penal y la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. El principio de oportunidad como instrumento de simplificación procesal», en *Sobre la mediación penal (posibilidades y límites en un entorno de reforma del proceso penal español)*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2012, p. 371.

6 GÓMEZ DE LIAÑO, R., «Algunas notas sobre mecanismos alternativos a la acción penal. El principio de oportunidad en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011»...*op. cit.*, p. 390.

El problema fundamental para poner en marcha estos modelos de justicia restaurativa, es que nuestro sistema penal está anclado en el principio de legalidad que deja poca cabida a los sistemas restaurativos⁷.

Una excepción a esto la encontramos en la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor (en adelante LORPM) en la que se regula expresamente la reparación entre víctima e infractor. En el artículo 19 LORPM se determinan las condiciones que deben rodear a la conducta delictiva para que pueda producirse el desistimiento o sobreseimiento del expediente. Así se dispone que se deba atender a la gravedad y circunstancias de los hechos y del menor, de modo particular a la falta de violencia o intimidación graves en la comisión de los hechos. Igualmente, se tendrán en cuenta la circunstancia 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, o se haya comprometido a cumplir la actividad educativa propuesta por el equipo técnico en su informe.

Siguiendo a este modelo, el proyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal presentado en 2011 y el Borrador de Anteproyecto de Código Procesal Penal de 2013, con mayor o mejor fortuna, dejan paso a la aplicación del principio de oportunidad que permite a las partes tener cierta disposición sobre el objeto del proceso y por tanto, permite la posibilidad de resolver determinados conflictos a través de los sistemas de justicia restaurativa⁸.

En definitiva, se deben tener en cuenta determinados factores para poder establecer si se puede o no aplicar los métodos de justicia restaurativa para la solución del conflicto social surgido ante a la comisión de un delito⁹. A continuación, nos centraremos en estos aspectos.

IV. EL ÁMBITO OBJETIVO DE APLICACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS DE JUSTICIA RESTAURATIVA

En principio, los derechos indisponibles¹⁰, están excluidos del ámbito de aplicación de este sistema. Y ello, por las razones ya expuestas en cuanto a la titularidad exclusiva del *ius puniendi*. No obstante, la protección y reparación total de la víctima hacen aconsejable, en algunos supuestos, su utilización.

En la justicia restaurativa, no podemos hablar de ámbito objetivo de aplicación, sino más bien, del ámbito más idóneo para que pueda conseguirse su finalidad de reparación del daño al menor coste emocional de las partes.

Se debe partir de la idea de que el derecho penal, no defiende intereses personales, salvo los que subyacen de la responsabilidad civil derivada de la acción delictiva. Conforme a esta premisa, pueden excluirse los comportamientos delictuales violentos o considerados como delitos graves. Igualmente, quedan excluidos los delitos relacionados con la violencia de género, ya que así lo establece, expresamente, la Ley 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral

7 La antítesis al principio de legalidad, es el principio de oportunidad que, tal y como señala la doctrina: «*nos indica en qué condiciones debe incoarse y finalizarse el proceso penal. Se entiende que un proceso está regido por este principio, cuando los titulares de la acción penal están autorizados, si se cumplen los requisitos previstos en la norma, a hacer uso de su ejercicio, incoando el procedimiento o provocando su sobreseimiento.* Este principio puede ser puro (las partes son dueñas absolutas —guilty plea— o «bajo condición» cuando se otorga si el imputado cumple determinadas prestaciones. *Su aplicación responde a razones de economía procesal y de utilidad pública o interés social. El estímulo de la pronta reparación de la víctima y evitar los efectos criminógenos de las penas privativas de libertad y obtener la rehabilitación del delincuente mediante el sometimiento voluntario a un procedimiento de readaptación a la sociedad.* HERNÁNDEZ GÓMEZ, I., *La reforma del proceso penal en España*, noviembre 2005. Universidad de la Sabana. Colombia.

8 En mi opinión, el legislador ha perdido una brillante oportunidad para establecer como mecanismo de descongestión de la justicia penal a la justicia restaurativa en su última reforma operada en el 2015. En la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales— publicada en BOE el 6 de octubre de 2015— se reconoce la necesidad de implantar medidas para evitar las innecesarias dilaciones en los procesos penales. Entre ellas, se plantea la regulación de un procedimiento monitorio penal (procedimiento de aceptación por decreto). De este modo, si se implementa un procedimiento que en el ámbito penal es novedoso, se podría haber instaurado prácticas de justicia restaurativa que tanto el máximo órgano de representación de jueces y magistrados como la práctica habitual de los órganos jurisdiccionales, vienen ejerciendo con habitualidad.

9 La destipificación de algunas conductas delictivas, puede suponer que los mecanismos de justicia restaurativa no sólo se puedan ver inmersos en un procedimiento judicial sino que también pueden producirse extrajudicialmente consiguiendo la readaptación del infractor.

10 Los derechos indisponibles, son aquellos que se excluyen del principio de disposición de las partes y por consecuencia requieren para su constitución, modificación o disolución seguir los trámites de un determinado proceso por afectar a intereses públicos o generales.

contra la Violencia de Género —exclusión que se debe fundamentalmente a la incapacidad de la víctima para situarse frente al agresor¹¹—.

Por otro lado, en relación con la indisponibilidad del objeto procesal, hay que tener en cuenta la clasificación clásica de los tipos de acción penal que distingue: los delitos públicos, semi-públicos y privados. En los delitos públicos, no existe la disponibilidad por la víctima; en los semi-públicos, la disponibilidad es relativa, en tanto que sólo es predicable del ejercicio de la acción penal pero iniciado el proceso el ofendido no goza de la disponibilidad de la pretensión penal¹². Y los delitos privados, en los que el ofendido tienen plena disposición de la acción y del curso del procedimiento penal en tanto que puede finalizar cuando estime oportuno.

Sin embargo, no podemos circunscribir el ámbito de aplicación de la justicia restaurativa, a un listado cerrado de delitos, ni siquiera a una enumeración abierta pues dependerá de las circunstancias del caso concreto y, sobre todo, de las características de las personas que se ven involucrada en el conflicto penal, para poder descartar o aceptar la reparación.

Es decir, en primer lugar, con independencia de la naturaleza del delito, y teniendo en cuenta el carácter voluntario del proceso, la utilización de estos medios dependerá de la voluntad de todos los intervinientes en el conflicto. De este modo, por mucho que el delito sea idóneo para ser resuelto por algún método de justicia restaurativa, si la voluntad de las partes es contraria al procedimiento, no será posible su aplicación por infructuosa.

En segundo lugar, es evidente que hay que atender a las circunstancias objetivas del caso, para poder someterlo a la consideración de la aplicación de la justicia restaurativa para su resolución, excluyendo en particular a los supuestos que la ley refiere y en general a todos los casos en que una de las partes se vea en situación de desigualdad frente a la otra.

Por ello, hay que tener en cuenta las circunstancias de cada caso concretamente y en especial, los referidos a la existencia de la víctima, naturaleza y circunstan-

cias de los hechos, a la significación de la conducta y la consideración subjetiva de las partes¹³.

En cualquier caso, no debemos perder de vista la idea principal del surgimiento y aplicación de los métodos de justicia restaurativa: el empoderamiento de la víctima y la evitación de la victimización secundaria, a la que es sometida con el procedimiento judicial, y por supuesto, la responsabilización real del victimario por sus actos delictivos¹⁴.

En concreto, los círculos restaurativos pueden ser aplicados a cualquier acción delictual en el que la partes voluntariamente, quieran someterse. Sin embargo, hay que tener presente que el ámbito de aplicación natural de los círculos restaurativos serán aquellos supuestos en que la experiencia se pueda compartir no solo entre víctima y victimario, sino que la comunidad también tenga algo que decir para que los protagonistas puedan satisfacer sus necesidades y responsabilizarse de sus actos.

V. CARACTERÍSTICAS

Ya sabemos, la Justicia tradicional o justicia retributiva, es una justicia formal y rígida. En cambio, con la Justicia restaurativa, nos encontramos ante un sistema antiformalista, en el sentido de entender el procedimiento flexible a las necesidades del caso concreto.

Es una justicia reparadora que no sólo busca el castigo del agresor sino la reparación de la víctima. Es decir, es una justicia donde se tienen en cuenta las necesidades de las partes y se intentan fortalecer a los intervinientes en el proceso

Durante todo el procedimiento de justicia restaurativa, se garantiza la igualdad entre las partes. Todos van a tener las mismas oportunidades de hablar, de expresar sus sentimientos, de ser escuchados. En concreto en los círculos restaurativos, en el que todos los intervinientes se sientan físicamente en círculo, todos pueden expresarse en un nivel de igualdad.

Para todo ello, en los procesos de justicia restaurativa intervendrá un tercero neutral que estará sometido al

11 No obstante, puede ser que la víctima de violencia de género, una vez que haya recibido ayuda necesaria para situarse frente a su agresor, pueda o quiera someterse a este sistema para solucionar el conflicto. CASTILLEJO MANZANARES., «Mediación en violencia de género, una solución o un problema», en *Mediación: un método de? conflictos: estudio interdisciplinar*, Colex, Madrid, 2010, p. 203-204.

12 GIMENO SENDRA; CORTÉS DOMÍNGUEZ; MORENO CATENA., *Derecho procesal penal*, Colex, Madrid, 1999, p. 118-119.

13 GONZÁLEZ CANO, I., «La mediación penal en España», en *La mediación penal para adultos: una realidad en los ordenamientos jurídicos: (experiencia en España, EEUU, Inglaterra y Gales, Países Escandinavos, Francia, Alemania, Portugal, Brasil y Chile)* coordinada por Barona Vilar, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 40.

14 SEGOVIA, J.L., «Una, para la reforma del Código Penal» en *Otro derecho penal es posible*. <http://www.otroderechopenalesposible.org> (2015).

principio de confidencialidad y que llevará el rumbo del procedimiento para que se cumplan las reglas del respeto mutuo y la escucha y poder ayudar a las partes a llegar a un acuerdo. El tercero, intervendrá facilitando el espacio de comunicación que las partes o intervinientes en el procedimiento restaurativo necesitan para poder llegar a solucionar el conflicto surgido.

Este tercero, en los círculos restaurativos, se llama facilitador y es la persona que plantea temas relacionadas con el conflicto que lo originó para que todos puedan dar su opinión. Además, lleva el orden de las intervenciones y del propio desarrollo del círculo.

Como ya se advirtió anteriormente, la justicia tradicional no siempre cumple con los fines que tiene encomendado constitucionalmente. Y ello puede provocar cierta reincidencia en los reos. Ya dijimos que las labores de re-socialización y re-educación, no son válidas en la mayoría de los casos. Sin embargo, con la Justicia restaurativa, las cosas pueden marchar de otra forma. El conflicto se estudia hasta sus raíces y esto provoca que las partes puedan encontrar la fórmula idónea para cambiar su *modus operandi*, es decir, explorando el conflicto y a las partes como personas. Es por ello, por lo que se considera que es mucho menor la probabilidad de que los victimarios reincidan en las conductas delictivas. Así, con la Justicia restaurativa, se trata la culpa, se fomenta el autocontrol y se refuerza la personalidad evitando la reincidencia¹⁵.

Pero eso sí, todos los modelos de Justicia restaurativa se deben a dos requisitos básicos sin los cuales no puede funcionar: la Voluntariedad y el consentimiento informado. La voluntariedad que se refiere a la necesidad que las partes estén de acuerdo con someterse y continuar en el procedimiento de justicia restaurativa. Lo que significa que en cualquier momento en que las partes lo deseen pueden dar por finalizado el procedimiento. Si esto ocurriera, el conflicto deberá volver a la sede judicial para ser solucionado. En estos casos, la negativa de sometimiento o continuación con el procedimiento de justicia restaurativa, no podrá incidir negativamente en el resultado que adopte el órgano judicial para la eventual solución del conflicto planteado por la comisión del delito. En cuanto al consentimiento informado, supone que las partes están informadas de todas

las condiciones bajo las que se desarrollará el procedimiento restaurativo. Y todo ello, atendiendo al estricto respeto de los derechos fundamentales que el Estado reconoce a todos.

En concreto, el Handbock de NU para la justicia restaurativa, señala las características básicas de estos modelos y que se centran en: *Una respuesta flexible a las circunstancias del delito, el delincuente y la víctima que permite que cada caso sea considerado individualmente, Una respuesta al crimen que respeta la dignidad y la igualdad de cada una de las personas, desarrolla el entendimiento y promueve la armonía social a través de la reparación de las víctimas, los delincuentes y las comunidades; Una alternativa viable en muchos casos al sistema de justicia penal formal y a sus efectos estigmatizantes sobre los delincuentes; Un método que puede usarse en conjunto con los procesos y las sanciones de la justicia penal tradicional; Un método que incorpora la solución de los problemas y está dirigido a las causas subyacentes del conflicto.*

VI. PRINCIPIOS DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA

Los servicios de Justicia restaurativa, exigen una serie de garantías que eviten la posible victimización secundaria de la víctima del delito, así como impedir perjuicios tanto para la víctima como para el agresor. Por ello, entiendo que, para comprender el sentido de la justicia reparadora penal, se deben, al menos mencionar, los principios que inspiran tanto la institución como el propio procedimiento.

Los principios a los que me refiero son: cooperación, autocomposición, voluntariedad, neutralidad, imparcialidad, intervención personalísima, confidencialidad y ausencia de violencia.

1. Cooperación

Como regla general, las prácticas de justicia restaurativa, no tiene como finalidad buscar una solución al problema sino más bien restablecer las vías de comunicación y diálogo. Esta cooperación entre las partes permitirá la satisfacción de sus intereses, garantizando el estatuto de cada uno de los intervinientes¹⁶. Siendo

15 NOGUERES, A., «La mediación en el ámbito penal juvenil», en *Revista de Educación social*, Agosto, 2004. <http://www.eduso.net/res/?b=4&c=24&n=82> (2016).

16 No obstante, hay que tener en cuenta que el acuerdo al que se llegue en cualquiera de las prácticas de justicia restaurativa, como la mediación, en el ámbito penal, debe ser «homologado» por el órgano judicial. Es por ello, por lo que se dice que con la mediación sólo se satisfagan los intereses privados de las partes, porque en la sentencia donde se plasme el acuerdo y en el que se dicte la condena, se satisface el interés público y general que se persigue con el proceso penal.

así, en estos procedimientos, el protagonismo lo asumen tanto víctima como agresor.

2. Autocomposición

Las prácticas de justicia restaurativa pueden desarrollarse en el curso de un proceso penal (intrajudicial) de forma paralela al ejercicio del *ius puniendi* por el Estado, o fuera de él (extrajudicial). Siendo así, estos procedimientos se ubican en los métodos autocompositivos de resolución de conflictos, es decir, son las propias partes ayudadas por un tercero, los que consiguen llegar a la solución del conflicto. Por ello, el tercero, no tiene la facultad de imponer la solución al conflicto. No tiene poder decisorio en el conflicto, sino sólo de acercar las posturas de las partes, que se hagan entender. Son las propias partes las que tienen que llegar al acuerdo, de hecho, debe recordarse que en el proceso penal, los acuerdos de mediación sólo operarán en el campo penal como una atenuante de la pena (reparación del daño) y por otro lado, para la reparación del daño producido a víctima y victimario.

3. Voluntariedad

A diferencia de lo que ocurre con el proceso penal las prácticas de justicia restaurativa, gozan de la característica de la voluntariedad. Las partes, son las que de manera voluntaria, deciden someterse a esta fórmula restaurativa de resolución de conflictos. La voluntariedad, no sólo está presente en el momento inicial del procedimiento restaurativo, sino durante todo el tiempo que dure. Tanto es así, que la voluntariedad supone que la partes en cualquier momento pueden dar por terminado el procedimiento.

En cualquier caso, el sometimiento a la cualquiera de las prácticas de justicia restaurativa, tiene que hacerse en ausencia de toda coacción o violencia.

También significa que ninguna legislación puede obligar a las partes a someterse a ellos, tan sólo se les puede obligar a acudir a la sesión informativa pero en cualquier caso, las partes tienen la opción de decidir si continuar o no o darlo por finalizada en cualquier momento del procedimiento.

De este principio, debe ser informado al comienzo del procedimiento de justicia restaurativa.

El acuerdo alcanzado bajo el principio de voluntariedad es lo que lo diferencia de la sentencia. Es decir, cuando el acuerdo es consensuado por las dos partes, es mucho más fácil de cumplir lo establecido en él. En cambio, en la sentencia, no se tienen en cuenta todas las circunstancias personales de la situación y por tanto hay muchas más probabilidades de que se intente eludir su cumplimiento. Por tanto, como se ha advertido, el acuerdo que surja del procedimiento de justicia restaurativa sólo podrá operar como atenuante de la pena que el órgano judicial impondrá por la comisión del delito. Además, podrá contener aquellas circunstancias simbólicas que se hayan acordado y que puedan servir para la reparación del daño ocasionado por la comisión del delito.

4. Gratuidad

El carácter público del Derecho Penal, conlleva la necesidad de que las prácticas de justicia restaurativa sea totalmente gratuita, es decir, los gastos derivados de ella, serán asumidos por la partida presupuestaria de los respectivos organismos públicos donde puedan ser llevadas a cabo¹⁷.

Ahora bien, que las prácticas restaurativas sean gratuitas no significa que el asesoramiento legal también lo sea. Éstas, no pueden ser considerada ni terapia ni una práctica de asesoramiento legal— puesto que el tercero imparcial que actúe para ayudar a las partes puede que no provenga de la rama jurídica.

5. Neutralidad

Este principio, se debe a la intervención del tercero que actúe como facilitador. Debe ser neutral y por tanto, no debe orientar, ni imponer sus valores o principios sino que debe respetar las opiniones, valores y principios de las partes.

6. Imparcialidad

Igual que el anterior, este principio, inspira la actuación del tercero. En este sentido, aunque como es sabido, no impone la solución al conflicto, tiene que atender de manera exclusiva a proteger el equilibrio entre las partes.

En aquellos supuestos en el que el tercero tenga alguna vinculación con las partes o con el conflicto, debe abstenerse.

17 RÍOS; OLAVARRÍA, *Conclusiones del curso en materia de mediación penal*, Escuela Judicial del Consejo General del Poder Judicial de España, Madrid, p. 162.

7. Intervención personalísima

Teniendo en cuenta que la responsabilidad penal es personal y que se extingue con la muerte, el procedimiento de justicia restaurativa aplicable donde se conozca la comisión de un hecho delictivo, deben intervenir las partes afectadas por el conflicto.

Esto no significa que las partes deban ir sin asistencia letrada. En mi opinión, deben ir acompañados de abogado pero siempre que el acuerdo sea adoptado de manera personal por las partes en conflicto. El abogado, tan sólo podrá asesorar.

Ante la comisión de un delito, las partes se encuentran en desequilibrio. Lo ideal, es que las prácticas de justicia restaurativa, se suspenda para conseguir el equilibrio entre ellas. No obstante, hay casos en los que a pesar de encontrarse en un plano de equilibrio, una de las partes, por alguna circunstancia, no quiere sentarse en la misma mesa que la otra. Es evidente que esta situación hace imposible el desarrollo de los procedimientos restaurativos salvo que se utilicen medios electrónicos siempre que sea posible garantizar la identidad del facilitador y las partes¹⁸.

8. Confidencialidad

El principio de confidencialidad, en mi opinión es uno de los más controvertidos, a la par que importantes en la justicia restaurativa.

La confidencialidad, es predicable de las partes y, sobre todo, del tercero, que tienen el deber de guardar en secreto toda la información que haya podido obtener durante el desarrollo de distintas fases del procedimiento

Supone la imposibilidad de que las partes o el tercero puedan ser propuestos como testigo o perito en un proceso judicial posterior sobre lo que ha sido objeto de mediación.

Su parte más controvertida, se circunscribe al bien entendido que este principio, está estrechamente ligado a la aplicación del derecho de defensa. Y ¿por qué?: la respuesta es sencilla, y debemos conjugarla con el principio de voluntariedad. Cuando la parte victimaria, acepta el sometimiento a las prácticas restaurativas, puede entenderse como un consentimiento tácito

de aceptación de la autoría de la conducta delictiva o reconocimiento de los hechos. En caso de no llegar a acuerdo, y a pesar de que el principio de confidencialidad obliga al tercero a no desvelar cuál de las partes ha desistido de la misma, el órgano judicial ya tiene esa concepción de «presunción de culpabilidad»¹⁹. Y esta circunstancia, podría hacer quebrar los derechos a no declarar contra sí mismos y el derecho a no confesarse culpable. Ya adelante, que en mi opinión, el simple sometimiento a la justicia restaurativa, no debe generar esa presunción de culpabilidad, ni siquiera, puede suponer el reconocimiento de hechos.

9. Ausencia de violencia

Las prácticas de justicia restaurativa no pueden celebrarse cuando las partes no están en un plano de igualdad y equilibrio.

Por tanto, en caso de violencia o clara superioridad o imposición de una parte sobre otra, no puede celebrarse la restauración del delito. No obstante, se prevé la posibilidad de buscar a través de terapias o asesoramientos adecuados esa igualdad para poder iniciar el procedimiento restaurativa.

VII. VENTAJAS Y POSIBLES INCONVENIENTES DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA

Es evidente que creo en las ventajas de los procedimientos restaurativos. Sin embargo, no podemos olvidar que no está exenta de complicaciones tanto para el conflicto surgido como para las partes del mismo.

Entre las ventajas, podemos mencionar los valores claves de los modelos de Justicia restaurativa: Respeto mutuo, reconocimiento; actitud abierta, paciencia, sensibilidad; empatía; responsabilización; toma de conciencia; compromiso; importancia de los sentimientos; las necesidades y los derechos.

Entre los inconvenientes, debemos remitirnos a las premisas básicas que ya se han mencionado y que debe haber en todo proceso de justicia restaurativa: la voluntariedad y el consentimiento informado. Si alguna de ellas quiebra en cualquiera de las partes, el procedimiento fracasará y por tanto se generará un sentimiento de frustración. Es por lo que se hace necesario

18 CARRETERO MORALES., «Mediación online: una posible vía para introducir la justicia restaurativa en los asuntos de violencia de género», en *Sobre la mediación penal (Posibilidades y límites en un Entorno de Reforma del Proceso Penal Español)*, Thomson—Aranzadi, Navarra, 2012, p. 230 y ss.

19 En este sentido, se pronuncia AGUILERA MORALES, «La mediación penal: ¿realidad o quimera?» en *Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de la Rioja (REDUR)*, nº 9, 2011.

que las partes sepan cuáles son las condiciones del juego antes de comenzar. A diferencia de lo que puede ocurrir en el proceso penal (una vez iniciado, no puede negociarse ni paralizarse por la voluntad de las partes), las partes podrán dar por finalizado este procedimiento en el momento que estimen conveniente. La obligatoriedad a continuar, puede ser contraproducente. Por otro lado, sabemos que con estos modelos, que en el sistema penal español, accederán al proceso penal a través de una atenuante o una atenuante cualificada, pues imaginemos que a la víctima esta situación no se le comunicó, cómo puede sentirse en el momento en que se entera. Lo que puede aminorar los modelos restaurativos en estos casos, los aumentaría a medidas desproporcionadas.

VIII. MODELOS DE JUSTICIA RESTAURATIVA

Una de las características que más influyen en el éxito de los modelos restaurativos es la implicación de todas las partes interesadas por la comisión del hecho delictivo. Varios son los modelos que se reconocen de justicia restaurativa y que podemos verlos en el Manual sobre programas de Justicia Restaurativa de Naciones Unidas²⁰. Cada modelo planteado es ideal para reparar y/o mejorar determinadas circunstancias. Se aplicarán, como ya se advirtió, dependiendo del tipo delictivo por el que se origina junto con las condiciones del caso concreto y la disposición de las partes. Es decir, hay algunos modelos en el que tan sólo acudirán víctima/victimario/tercero; pero existen otros en los que se in-

volucran a todas las partes potencialmente afectadas o que representen a la sociedad en la que coexisten víctima/victimario. Es decir, en las que se involucran a las víctimas afectadas directamente como indirectamente por el conflicto.

No obstante, es necesario que se respeten una serie de condicionantes para poder someter un caso concreto a las prácticas restaurativas o al menos para que éstas puedan tener éxito. De este modo, el Handbook de Naciones Unidas, señala una serie de premisas a las que deben atenderse: (a) que la respuesta al delito debe reparar tanto en lo posible el daño sufrido por la víctima; (b) que los delincuentes lleguen a entender que su comportamiento no es aceptable y que tuvo consecuencias reales para la víctima y la comunidad; (c) que los delincuentes pueden y deben aceptar la responsabilidad por sus acciones; (d) que las víctimas deben tener la oportunidad de expresar sus necesidades y de participar en determinar la mejor manera para que el delincuente repare los daños y (e) que la comunidad tiene la responsabilidad de contribuir en el proceso.

Como se ha expresado, hay modelos diferentes y cada uno tiene una serie de características dependiendo del carácter que se le otorgue. Es decir, se configuran en tres bloques: aquellos que son alternativos a la Justicia tradicional, aquellos que están inmersos en el sistema de Justicia tradicional aquellos que se encuentran en un programa formal de derivación judicial. En la siguiente imagen se pueden ver las características básicas de cada uno de ellos:

20 https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Manual_sobre_programas_de_justicia_restaurativa.pdf

PROGRAMA FUERA DEL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL	PROGRAMA DE DERIVACIÓN	INTEGRADO EN EL SISTEMA DE JUSTICIA
<ul style="list-style-type: none"> • Muy informal • Proceso y castigo • No asesoría legal • No participación de funcionarios de justicia • Víctima tiene participación central • Nula asistencia a la víctima • No enfoque en rehabilitación a delincuentes • Elemento esencial es la reparación 	<ul style="list-style-type: none"> • Algo informal • Castigo resultado del proceso • Asesoría legal para garantizar el consentimiento informado de las partes • Participación limitada de los funcionarios de justicia • Participante directo • Alguna asistencia a la víctima • Rehabilitación de delincuente es aspecto del proceso • Reparación incluida en los resultados 	<ul style="list-style-type: none"> • Muy formal • El proceso y su resultado son un sustituto del castigo • Asesoramiento legal • El programa manejado por funcionarios de justicia • Poca o nula participación de la víctima • Ayuda a la víctima • Rehabilitación del delincuente y la prevención de reincidencia • Limitado enfoque de reparación de la víctima

De este modo, teniendo en cuenta el cuadro anterior, existen diferentes modelos de justicia restaurativa entre los que podemos encontrar²¹: los diálogos indirectos (la víctima y victimario interactúan indirectamente); el diálogo facilitado entre víctimas y victimario; diálogo facilitado entre víctimas, victimarios, apoyo, oficiales gubernamentales (el diálogo se entiende para incluir apoyos de la víctima y victimario. Todos los intervinientes pueden participar); círculos restaurativos (diálogo facilitado); dialogo directo entre víctima, victimario y otras partes; dialogo arbitrado entre víctima, victimario y otras partes.

Una vez presentados todos los modelos, hay que tener presente que se utilizará aquel que sea más acorde con las necesidades de las partes y las circunstancias del caso concreto.

En esta ocasión, se dedicará la atención al estudio de los círculos restaurativos. Normalmente, esta práctica, se desarrolla en el ámbito de la justicia juvenil. Por ello, se comenzará analizando, aunque someramente, las características de la justicia juvenil para poder entender la aplicación de los círculos en este ámbito.

IX. LA JUSTICIA JUVENIL

Por penoso que pueda resultar, parece que los indicadores fijados por el Instituto Nacional de estadística, crecen en lo que se refieren a la justicia juvenil, es decir, entre los años 2007-2014, parece que los datos de menores infractores han sufrido un aumento²²:

21 Las dinámicas de las intervenciones de justicia restaurativa. Manual de buenas prácticas, p. 67 (NU)

22 Según datos publicados en Instituto Nacional de Estadística (<http://www.ine.es>). Hay que tener en cuenta que en los años 2013-2014, la población comprendida entre los 14 a los 18 años, ha sufrido un descenso.

Nº infracciones	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014
Una infracción	7.853	9.058	11.983	12.154	11.050	10.426	9348	9666
Dos infracciones	2.067	2.446	3.179	3.502	3.242	3.115	2942	3019
Más de tres infracciones	856	1.024	1.234	1.242	1.406	1.369	1184	1168
Reincidencia total	2.923	3.470	4.413	4.744	4.648	4.484	4.126	4.187

En la justicia juvenil, hay que tener una serie de factores en cuenta que influyen directamente en el comportamiento delictual de los menores. Por ejemplo, el tipo de familia (tradicional, la extensa, la onoparental o bien, aquellos que viven en la calle) los problemas familiares de los menores de edad, se proyecta en la conducta delictiva del mismo; la comisión de delitos por familiares, etc.²³.

En definitiva, cualquier factor social, familiar, económico, cultural, puede influir en el comportamiento del menor. En muchas ocasiones, ni los propios padres saben por la situación por las que están pasando, pero es cierto que el problema lo tienen consigo mismo y esto repercute de manera directa en el comportamiento delictual frente a otros.

El menor, normalmente, no es consciente del daño que ha podido provocar y siempre tiende a minimizar los daños ocasionados. Las prácticas restaurativas, pueden suponer una mejora de este comportamiento puesto que le permitirán responsabilizarse y tomar conciencia del daño causado tanto para él como con respecto de terceros potencialmente afectados y muy especialmente, con el daño producido a la víctima.

La Justicia Restaurativa, representa un proceso de responsabilización, de compromiso, de mejora de la comunicación que puede favorecer tanto al menor infractor como a la víctima del hecho cometido, así como a la familia y sociedad en general.

En el procedimiento de menores, desde la entrada en vigor de la Ley orgánica de Responsabilidad del Menor, en 2002, se aplica la conciliación y reparación del delito cometido por el menor infractor²⁴ y parece que funciona. No obstante, debemos tener un factor en cuenta, desde una perspectiva social y dada la violencia con la que algunos hechos delictivos cometidos por menores de edad penal, la sociedad no está muy de acuerdo con la actual Ley de Responsabilidad Penal del menor y piden que las penas que pueden imponerse se endurezcan antes que pueda aplicarse un procedimiento de justicia restaurativa. Desde el punto de vista criminológico y jurídico, parece que el endurecimiento del castigo no es la solución, sobre todo, cuando hablamos de justicia de menores.

Es por ello, por lo que se considera que, siempre que se analice si es posible la aplicación de los procedimientos de justicia restaurativa en el caso concreto, se aplique. En mi opinión, los círculos restaurativos pueden resultar educacionales en el caso de responsabilidad del menor. No sólo escuchará a la víctima sino también a otros operadores que pueden ayudar a la concienciación del victimario. Las ventajas del modelo es el empoderamiento de las partes, la autodeterminación y el control de las partes sobre el resultado.

X. CÍRCULOS RESTAURATIVOS

Los círculos restaurativos (en adelante CR), son un proceso de comunicación en el que la gente habla entre

23 GARCÍA-ESPAÑA, E; GARCÍA PÉREZ, O; BENÍTEZ JIMÉNEZ, M.J.; PÉREZ JIMÉNEZ, F., *Menores reincidentes y no reincidentes en el sistema de justicia juvenil andaluz*, Universidad de Alicante, 2011.

24 Como establece, CRUZ MÁRQUEZ esto responde a la doble naturaleza penal y educativa de este tipo de conductas delictivas, evitando así la estigmatización individual o social que éste pueda provocar. «La mediación en la ley orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores: conciliación y reparación del daño», en *Revista Electrónica de Ciencia penal y Criminología*, 2005 (<http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-14.pdf>;enero 2016).

sí con el fin de manejar los conflictos de una forma más «compasiva», más que de forma punitiva. Tienen como finalidad el resolver y aprender de estos conflictos.

Es decir, son una reunión facilitada que desarrolla las alianzas entre la familia, amigos, miembros de la comunidad, con el fin de crear un entorno seguro para el menor de 18 años²⁵.

Los CR son un proceso basado en las necesidades, los participantes no se fijan en que han hecho mal sino en los valores que no se han cumplido. Con los CR pueden llegarse a realizar actos de reparación (del daño causado) y de restauración (que son en gran medida simbólicos y es lo que humaniza a estos programas de justicia restaurativa)

1. ¿En qué consisten?

En ocasiones, los CR no sirven únicamente para prácticas restaurativas entendidas como actuaciones tendentes a resolver un conflicto ocurrido, sino que pueden utilizarse en espacios juveniles para la prevención del conflicto. Es decir, pueden desarrollarse para permitir a los integrantes del CR contar con un espacio donde expresar sus sentimientos, miedos e ideas a la vez que aprender las normas de respeto y escuchar a los demás. Puede ayudar a crear una cultura de inclusión y pertenencia²⁶.

No obstante, hay que tener en cuenta que los CR, como cualquiera otra práctica restaurativa, no pueden ser considerados como terapia sino como método de resolución de conflictos. Es más, si el tercero que coadyuva a las partes a acercar posturas, determinara que alguna de ellas está utilizando las sesiones para fines terapéuticos, debería dar por finalizada la práctica si estima que alguna de las partes sólo lo utiliza con este fin.

2. ¿Cuál es la estructura de los círculos restaurativos?

Los círculos restaurativos tienen varias fases. No obstante, cualquier práctica restaurativa tiene que comenzar con la información a las partes sobre la práctica que se va a desarrollar, el modo en que se va a desarrollar, los derechos que le asisten, la finalización del procedimiento restaurativo y, cómo el acuerdo al que lleguen puede operar en un proceso penal en marcha.

Los CR se estructuran en tres partes diferenciadas:

1º fase: pre-círculos: cuando una persona se encuentra con una situación de tensión o con un conflicto ya acaecido. En los centros educativos y docentes, es común que los educadores se encuentren con situaciones de tensión entre el alumnado o bien, con un menor infractor y una víctima agredida.

Con esta fase, se intenta analizar las circunstancias del caso concreto y las partes que pueden intervenir para que el facilitador los convoque para poder realizar el círculo estrictamente.

En mi opinión, este método se podría utilizar para los casos de acoso escolar ya que permite que las partes hablen sin miedo puesto que la finalidad de la práctica no es el castigo sino la asunción del comportamiento y la responsabilización del mismo.

2º etapa: Círculos: Aquí se llevan a cabo las reuniones con todos los integrantes (víctima y victimario directo, terceras personas interesadas, parte de la sociedad, educadores, padres, tutores...) se tratarán diversos temas y cada uno de ellos tendrá un turno para expresar lo que estime conveniente sobre el mismo.

En esta etapa el facilitador puede indicar en qué orden deben sentarse o el turno de palabra o bien dejarlo para observar el comportamiento de los integrantes y la evolución del círculo.

Al ser un procedimiento voluntario, no tienen porque hacer uso de la palabra en cada uno de los temas.

En esta etapa, se intenta llegar a acuerdos reparadores y restauradores y el facilitador ayudará a la toma de conciencia, sensibilización y responsabilización sobre los hechos.

3º fase: post-círculos: con los Post-círculos, el facilitador tendrá la oportunidad de ver el grado de cumplimiento de los acuerdos para volver a reanudar el procedimiento en caso de incumplimiento de alguno de los puntos.

3. Características de los círculos restaurativos

Las principales características de los CR son:

1. Todos los intervinientes pueden expresarse en nivel de igualdad. De ahí, que este método se desarrolle formalmente, sentando a todos los intervinientes, incluido el facilitador, en forma de círculo para que todos se encuentren en el mismo plano de igualdad.

25 FONT, J., «Conferencia de grupo familiar de la tribu maorí en Nueva Zelanda y su adaptación a modelos anglosajones de resolución de conflictos», en *Mediación y resolución de conflictos. Técnicas y ámbitos*. Tecnos, Madrid, 2012, p. 283.

26 CHANKOVA; POSHTOVA., «Práctica preventiva y de integración: enfoques restaurativos en la escuela. Hacia una práctica restaurativa» (<http://www.vista-europe.org/downloads/Spanish/E4f.pdf>)

2. Puede ayudar a tratar pequeños conflictos o a prevenir otros
3. Es un procedimiento flexible y como tal, al comienzo puede pactarse cómo se llevará a cabo, el modo de expresarse de cada uno de los miembros. Es por ello, por lo que es tan importante la información a las partes del comienzo de la práctica y si las partes intervinientes en el CR lo estiman conveniente, pueden pactar el modo en el que se desarrolle.

Como ya se ha dicho, en los CR no sólo intervienen víctima y victimario sino que también intervendrán personas relacionadas con ambas partes porque sólo así puede darse fiel cumplimiento a uno de los fines primordiales de la Justicia restaurativa que es tratar las necesidades de los intervinientes en el conflicto y reforzar su posición.

Los CR se caracterizan por ser una reunión facilitada en la que intervienen no sólo víctima/victimario, sino que se amplía a un número mayor de terceros interesados: víctima, victimario, familias de ambos, amigos, miembros de la comunidad; educadores; tutores; policía. La única razón que puede excluir a alguna de las partes es que exista un problema de seguridad para los participantes²⁷.

XI. ¿AFECTACIÓN DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y DEL DERECHO DE DEFENSA?

Uno de los principios de la Justicia restaurativa, es el reconocimiento de responsabilidad de los propios actos y de sus consecuencias²⁸.

Como apuntamos con anterioridad, el presunto autor del hecho delictivo, al aceptar someterse a cualquier modalidad de justicia restaurativa, como los CR, para solucionar el conflicto surgido con la comisión del delito, parece que, aun de manera tácita, está aceptando los hechos como ciertos y su participación como autor

del mismo. Así, cabe preguntarse, dónde queda la efectividad de los derechos instrumentales que conforman el derecho de defensa— el derecho a no confesarse culpable y el derecho a no declarar contra sí mismo— y la presunción de inocencia.

Parece que este aspecto negativo de la justicia restaurativa, queda salvado cuando entendemos que el órgano judicial no va a tener conocimiento de nada de lo que se practica en las sesiones del procedimiento en virtud del principio de confidencialidad que lo inspira. Es más, el CR, no se desarrolla en paralelo a la sustanciación de un proceso penal, por lo que el juez competente no puede basar su condena en otra cosa que no sea la actividad probatoria desarrollada en el juicio oral²⁹. Siendo esto así, el órgano judicial no podrá tener en cuenta la actitud de víctima y victimario durante el desarrollo del CR.

En este mismo contexto, el facilitador, no podrá ser llamado a declarar como testigo ni perito en el correspondiente proceso penal que conozca del asunto no resuelto, quedando amparado bajo el secreto profesional³⁰.

En cuanto al respeto por los demás derechos fundamentales que están en juego en el proceso penal, debe entenderse que, la intervención judicial que tendrá lugar en todos los supuestos, protegerá el pleno ejercicio de los derechos fundamentales de las partes procesales³¹.

Así como el órgano judicial no puede tener en cuenta el contenido del acta de reparación donde se contenga el acuerdo, de la misma forma no puede apreciar la conducta de las partes en el procedimiento por lo que se desarrolla el CR, pues en este caso podría ir en detrimento, de aquella parte que no esté abierta a este procedimiento afectando a su derecho de defensa³².

Sin embargo y salvando todo lo anterior, hay que considerar el supuesto en que sea necesario la conti-

27 FONT, J., «Conferencia de grupo familiar de la tribu maorí en Nueva Zelanda y su adaptación a modelos anglosajones de resolución de conflictos»...*op. cit.*, p. 283.

28 MUNNÉ; MAC-CRAGH., *Los 10 principios de la cultura de la mediación. Desarrollo personal del profesorado*, Grao, Barcelona, 2006, p. 94.

29 CASTILLEJO MANZANARES, «El nuevo proceso penal. La mediación penal»...*op. cit.*, p. 90.

30 CASTILLEJO MANZANARES, «El nuevo proceso penal. La mediación penal»...*op. cit.*, p. 90.

31 En este sentido, establece la profesora GONZÁLEZ CANO que la mediación no puede suponer una disminución de los fines objetivos del derecho penal sino que debe complementarlos para obtener una mayor eficacia de los mismos y en ningún caso puede implicar disminución alguna de las garantías procesales. En «La mediación penal en España»... *op. cit.*, p. 26-27.

32 HEREDIA PUENTE, señala la posibilidad de que se contemple como atenuante específica la participación comprometida del inculgado en un proceso de mediación, aunque no se llegara finalmente a un acuerdo restaurativo, en «Perspectivas de futuro en la mediación penal de adultos. Una visión desde el Ministerio Fiscal»...*op. cit.* En mi opinión, la consideración de esta participación podría suponer sino una limitación, una posible contaminación del órgano judicial que tiene en cuenta la conducta de una de las partes en perjuicio de la otra.

nuación del procedimiento penal. En estos casos, no podemos considerar que se vean limitados los derechos de defensa ni presunción de inocencia por varios motivos: en primer lugar, la persona a la que se le imputa la comisión de un hecho delictivo, puede aceptar acudir a la sesión informativa tan sólo para conocer el significado de la misma y por ello, no se debe entender que tácitamente hay un reconocimiento de hechos. En segundo lugar, porque desde el plano jurídico, en el proceso penal puede que el imputado reconozca los hechos y no la calificación jurídica; en tercer lugar, porque la confesión que pueda realizar un imputado en el curso de un proceso penal, no es considerada, por sí sola, como prueba suficiente que desvirtúe la presunción de inocencia, cuanto más, la simple aceptación de acudir a un CR; en cuarto lugar, porque una persona puede acudir a un CR con el propósito de escuchar y ser escuchado.

Por todo ello, no se puede considerar que el acta de reparación sin acuerdo, limite el derecho de defensa ni presunción de inocencia ya que en cualquier caso, el órgano judicial encargado del enjuiciamiento de los hechos, tendrá que practicar todos los medios de prueba necesarios para desvirtuar la presunción de inocencia.

En caso contrario, es decir, si el órgano judicial, entiende que el simple hecho de someterse al CR es un reconocimiento de hechos y aceptación tácita de la participación en la conducta delictiva, situando al imputado bajo la «presunción de culpabilidad», tendrá que motivar la sentencia a este respecto. Por lo tanto, la parte condenada tendrá siempre la posibilidad de recurrir ese pronunciamiento indicando la afectación del derecho de defensa.

XII. BIBLIOGRAFÍA

- MUNNÉ; MAC-CRAGH., *Los 10 principios de la cultura de la mediación. Desarrollo personal del profesorado*, Grao, Barcelona, 2006.
- AGUILERA MORALES, «La mediación penal: ¿realidad o quimera?» en *Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de la Rioja (REDUR)*, nº 9, 2011.
- CARRETERO MORALES., «Mediación online: una posible vía para introducir la justicia restaurativa en los asuntos de violencia de género», en *Sobre la mediación penal (Posibilidades y límites en un Entorno de Reforma del Proceso Penal Español)*, Thomson—Aranzadi, Navarra, 2012, p. 230 y ss.
- CASTILLEJO MANZANARES., «Mediación en violencia de género, una solución o un problema», en *Mediación: un método de? conflictos: estudio interdisciplinar*, Colex, Madrid, 2010, p. 203-204.
- CHANKOVA; POSHTOVA., «Práctica preventiva y de integración: enfoques restaurativos en la escuela. Hacia una práctica restaurativa» (<http://www.vista-europe.org/downloads/Spanish/E4f.pdf>)
- CRUZ MÁRQUEZ, «La mediación en la ley orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores: conciliación y reparación del daño», en *Revista Electrónica de Ciencia penal y Criminología*, 2005 (<http://criminnet.ugr.es/recpc/07/recpc07-14.pdf>/enero 2016).
- FONT, J., «Conferencia de grupo familiar de la tribu maorí en Nueva Zelanda y su adaptación a modelos anglosajones de resolución de conflictos», en *Mediación y resolución de conflictos. Técnicas y ámbitos*. Tecnos, Madrid, 2012.
- GARCÍA-ESPAÑA, E; GARCÍA PÉREZ, O; BENÍTEZ JIMÉNEZ, MJ; PÉREZ JIMÉNEZ, F., *Menores reincidentes y no reincidentes en el sistema de justicia juvenil andaluz*, Universidad de Alicante, 2011.
- GÓMEZ DE LIAÑO, R., «Algunas notas sobre mecanismos alternativos a la acción penal. El principio de oportunidad en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011», en *Sobre la mediación penal (posibilidades y límites en un entorno de reforma del proceso penal español)*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2012.
- GONZÁLEZ CANO., «La mediación penal en España», en *La mediación penal para adultos: una realidad en los ordenamientos jurídicos: (experiencia en España, EEUU, Inglaterra y Gales, Países Escandinavos, Francia, Alemania, Portugal, Brasil y Chile)* coordinada por Barona Vilar, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- HERNÁNDEZ GÓMEZ, I., *La reforma del proceso penal en España*, noviembre 2005. Universidad de la Sabana. Colombia.
- MARTÍNEZ SOTO, T., «La mediación penal y la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. El principio de oportunidad como instrumento de simplificación procesal», en *Sobre la mediación penal (posibilidades y límites en un entorno de reforma del proceso penal español)*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2012.
- MORENO CATENA, V (junto con CORTES DOMÍNGUEZ Y GIMENO SENDRA)., *Derecho Procesal Penal*, Colex, Madrid, 1999.
- NOGUERES, A., «La mediación en el ámbito penal juvenil», en *Revista de Educación social*, Agosto, 2004. <http://www.eduso.net/res/?b=4&c=24&n=82> (2016).

RÍOS; OLAVARRÍA, *Conclusiones del curso en materia de mediación penal*, Escuela Judicial del Consejo General del Poder Judicial de España, Madrid, p. 162.
SEGOVIA, J.L., «Una, para la reforma del Código Penal» en *Otro derecho penal es posible*. <http://www.otroderechopenalesposible.org> (2015)

SOLETO MUÑOZ, H., «La justicia restaurativa como elemento complementario de la justicia tradicional», en *Sobre la Mediación Penal (Posibilidades y límites en un entorno de Reforma del Proceso Penal Español)*, en Aranzadi, 2012.