



UNIVERSIDAD DE LAS PALMAS DE GRAN CANARIA  
DEPARTAMENTO DE CIENCIAS JURÍDICAS BÁSICAS

TESIS DOCTORAL

JUSTICIA RESTAURATIVA: HACIA LA APLICACIÓN DE UN MODELO  
INTEGRADOR EN EL DERECHO PENAL.

Daniel Montesdeoca Rodríguez

Las Palmas de Gran Canaria, noviembre de 2015

## ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	5
CAPÍTULO I.....	19
JUSTICIA RESTAURATIVA: APROXIMACIÓN, CONCEPTUALIZACIÓN Y CONTEXTO.....	19
1. Aproximación a la Justicia Restaurativa. Orígenes. ....	20
2. Concepto y contexto de la Justicia Restaurativa. Principios y garantías fundamentales en su aplicación práctica. ....	31
2.1 Concepto y Contexto .....	31
2.2. Contexto de la Justicia Restaurativa.....	38
2.3. Principios y garantías fundamentales en su aplicación. ....	43
3. Principios jurídico-penales que sustentan a la Justicia Restaurativa. Su posición como complemento del Derecho Penal.....	47
3.1. Derecho penal subjetivo y principio de intervención mínima o última ratio. .....	50
3.2. El principio de legalidad versus principio de oportunidad. ....	58
3.3. El principio de seguridad jurídica. ....	69
3.4. El principio de igualdad.....	72
3.5. El principio de proporcionalidad.....	78
3.6. La presunción de inocencia. ....	80
3.7. La Justicia Restaurativa como complemento del Derecho Penal.....	82

CAPITULO II.....	87
EL PAPEL DE LA VÍCTIMA EN LA JUSTICIA RESTAURATIVA: SU PROTAGONISMO.....	87
1. Consideraciones en torno a la víctima.....	88
1.1. Delimitación conceptual.....	90
2.1. Derecho Penal y neutralización de la víctima.....	108
3. El resurgimiento de la víctima del delito. ....	114
4. Interacción de la víctima y el sistema penal.....	126
5. El impulso de la víctima desde la Victimología.....	130
5.1. La Victimización.....	137
6. La reparación en el ámbito penal.....	140
6.1 La Reparación. Efectos y consideraciones jurisprudenciales.....	146
CAPÍTULO III.....	159
LA INTERRELACIÓN ENTRE VÍCTIMAS Y OFENSORES DESDE LA COMPRENSIÓN DEL FENÓMENO CRIMINAL.....	159
1. El fenómeno criminal y el control social como punto de partida de la prevención de la criminalidad.....	160
2. Explicaciones a la criminalidad y el fenómeno criminal desde la Criminología.....	171
2.1. Teorías de las diferencias individuales en la comisión de delitos.....	171
2.2. Teorías explicativas del delito con relación a los cambios en el ciclo vital .....	178
2.3. Teorías explicativas las variaciones en las tasas de criminalidad.....	182
2.4. Teorías sobre diferencias en las conductas criminales situacionales ..	191

3. El estudio de la interacción entre víctima y ofensor desde la Victimología .....	195
CAPÍTULO IV .....	211
TÉCNICAS RESTAURATIVAS APLICADAS AL PROCESO PENAL .....	211
1. Programas Restaurativos .....	212
2. Las necesidades de las víctimas .....	220
3. La contribución de la Justicia Restaurativa en el restablecimiento de la confianza en víctimas de delitos .....	228
4. Las técnicas restaurativas aplicadas al sistema penal y su eficacia .....	235
4.1. Aplicación de las técnicas restaurativas .....	237
4.2. Categorías actuales de Técnicas Restaurativas.....	244
CAPÍTULO V .....	261
MODELO INTEGRADOR DEL PROCESO RESTAURATIVO .....	261
1. Introducción .....	262
2. Antecedentes teóricos y metodológicos. Características de los programas de Justicia Restaurativa.....	269
3. Antecedentes empíricos .....	286
4. Modelo Integrador del Proceso Restaurativo.....	298
4.1. Evaluación inicial de la planificación del programa.....	298
4.2. Planificación del programa.....	300
4.3. Desarrollo del programa .....	304
4.4. Evaluación y conclusiones del proceso restaurativo .....	306
CONCLUSIONES.....	307
BIBLIOGRAFÍA.....	333

## INTRODUCCIÓN

## **1. Planteamiento del problema**

Han pasado dos décadas desde que la Justicia Restaurativa se perfilara como nuevo paradigma de Justicia Penal. Su nacimiento lo provocó la insatisfacción de un modelo de justicia que era objeto de crítica por varios motivos: el aislamiento provocado a la víctima como sujeto pasivo del delito, la escasa solución al fracaso de la rehabilitación del delincuente y, con ello, la desesperanza de un modelo que no era capaz de lograr la paz social.

Ante este panorama, surge la Justicia Restaurativa frente al “cansancio” de un sistema que se considera que ha perdido su eficacia y que cuenta con escasos recursos para reaccionar ante una criminalidad que, como la propia sociedad en la que se asienta, es cambiante y constante.

En la presente investigación, acotada al Derecho Penal de adultos, y por tanto excluyendo la Jurisdicción Penal del menor y el Derecho Penitenciario, no se pretende elaborar una construcción al margen o supletoria del Derecho Penal tradicional en cuanto búsqueda de instrumentos cuya finalidad es ordenar una vida en paz social. Se trata de que el sistema de justicia penal

necesario para ese fin cuente con otras herramientas más flexibles y dinámicas para conseguirlo.

Desde esta perspectiva, desde la filosofía de la crítica surge la vía restaurativa, tratando de dar una bocanada de aire fresco a un Derecho penal en el que la suma de elementos ponga el foco en un Derecho Penal más eficaz y cercano a la sociedad.

Esta investigación pretende, con humildad, desde la experiencia adquirida en el ámbito penal, proponer ideas y construir puentes a futuros estudios y espacios de discusión, a partir de la inclusión de un modelo restaurativo integrador en el complejo espacio del Derecho penal.

Para ello partiremos de un objeto de estudio sobre el que bascularemos toda la investigación y de una hipótesis de trabajo:

### **1.1. Objeto de Estudio**

El objeto de la presente investigación es proponer un modelo de proceso restaurativo desde una perspectiva integral que pueda ser aplicado en nuestro sistema penal y, que, por ello, comparta todos los principios y garantías esenciales del Sistema penal en general y del Derecho Penal en concreto, propios de un Estado Social y Democrático de Derecho.

## 1.2. Hipótesis

La hipótesis de la que partimos es que el desarrollo del proceso restaurativo integrado dentro del procedimiento penal es capaz de generar respuestas satisfactorias ante las necesidades que presentan las víctimas, perjudicados, investigados, encausados o autores de delitos, sin que colisione con la estructura formal del sistema penal y dentro de los límites legales de esta.

Con el fin de aspirar a concluir con el objeto de estudio cumplido y la hipótesis de la que partimos sea confirmada o, al menos, no refutada, desarrollamos nuestro recorrido en la presente investigación de la siguiente manera: En el Capítulo I hemos considerado la idea del nacimiento de la Justicia Restaurativa como Paradigma de Justicia Penal. Este constructo teórico práctico viene influenciado por varios factores. En primer lugar, por las críticas del que ha sido objeto nuestro sistema penal como consecuencia del olvido de la víctima. Un segundo factor a tener en cuenta es la necesidad de una reparación real y eficaz al perjudicado del delito. No puede pasarse por alto, en tercer lugar, la conveniencia de una mayor interacción de las partes (víctima, delincuente y comunidad social) en la resolución del conflicto. Por último, el cuarto aspecto que tendrá una influencia decisiva en este ámbito es la búsqueda de métodos eficaces en la rehabilitación del delincuente. Todo con ello con la finalidad de promocionar la humanización del Derecho Penal.



Los orígenes de la Justicia Restaurativa son inexactos en cuanto a su datación, si bien hay unanimidad en considerar que su consolidación como paradigma penal parte de un acontecimiento ocurrido en la ciudad de Ontario en Canadá en los años 70. En esta ciudad un funcionario de prisiones, destinado al servicio de gestión de libertad condicional de menores, propuso al juez que dos jóvenes que habían sido condenados en un procedimiento penal se reunieran con sus víctimas. Nació así, el primer Programa de Reconciliación entre Víctima y Delincuente, conocido como VOM, "Victim Offender Mediation".

A partir de ese momento los programas de corte restaurativo, los estudios y congresos especializados se fueron extendiendo. Fue el XI Congreso Internacional de Criminología, celebrado en Budapest, en el año 1993, donde se acuñó el término "Justicia Restaurativa," aunque actualmente también es conocida como "Justicia Restauradora" o "Justicia reparadora". Como puede apreciarse estamos ante una construcción muy reciente, con apenas veinte años de vida, por lo que está en pleno desarrollo. Por ello que las referencias bibliográficas, aun siendo esenciales, se ciernen a unos pocos autores que han tratado el tema y que pueden considerarse los padres de este paradigma. Entre ellos destacan por su aportación al desarrollo teórico de la Justicia Restaurativa, los siguientes: TONY PETERS, catedrático de Criminología de la Universidad de Lovaina, quien desarrolló e impulsó la creación de proyectos de mediación penal en Europa; EZZAT FATTAH, profesor de la Universidad Simon Fraser de Canadá, quien realizó diversos estudios sobre las víctimas del delito y su análisis desde el sistema penal; HOWARD ZEHR, impulsor y director del primer programa de Justicia

Restaurativa en Estados Unidos, considerado como uno de los precursores de este paradigma; TONY MARSHALL, criminólogo británico que ha trabajado en el desarrollo de los programas de Justicia Restaurativa y, por último, BRIAN STEEL, profesor de la Universidad de Curtin, (Australia) y director del Foro de Justicia Restaurativa para Asia-Pacífico, que ha centrado sus investigaciones en el empleo de las técnicas restaurativas.

La Justicia Restaurativa ha sido definida de manera muy variada aunque respetando su esencia. En el Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa (2006) Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, descansa la conceptualización de esta construcción como “una forma de responder al comportamiento delictivo balanceando las necesidades de la comunidad, de las víctimas y de los delincuentes”. Además, se propone la definición de proceso restaurativo, como “todo proceso en que la víctima, el delincuente y, cuando proceda, cualesquiera otras personas o miembros de la comunidad afectados por un delito participen conjuntamente de forma activa en la resolución de las cuestiones derivadas del delito, por lo general con la ayuda de un facilitador”.

En esta propuesta de la ONU, se recogen los principios básicos y sus garantías, que serán expuestos en este Capítulo. Se ha querido también aunque sea de forma sucinta, realizar un acercamiento a los Principios jurídico-penales que sustentan a la Justicia Restaurativa, como forma de conexión y de complemento con el Derecho Penal. Se ha de advertir que las cuestiones penales, de dogmática penal, se tratan de manera instrumental ya que son necesarios ciertos posicionamientos previos para comprender el por qué y para

qué de la Justicia Restaurativa. Pero no se trata de una tesis de Dogmática Penal, ni sobre aspectos propios de esta disciplina.

De esta forma, se parte del fundamento de que la Justicia Restaurativa, encuentra su asiento en el principio de última ratio o de intervención mínima, desplegando sus instrumentos en el proceso penal a través del principio de oportunidad.

Visto así, no sería pertinente plantear un paradigma penal fuera del propio sistema penal, por tanto su exclusión o su consideración como alternativa al proceso penal tradicional es un error, porque en todo caso será complemento a este, con el único fin de ofrecerle mayor capacidad de eficacia y mejora.

El estudio de la víctima como protagonista del programa restaurativo se lleva a cabo en el Capítulo II, en el que se intenta delimitar conceptualmente este término no siempre unívoco puesto que ha tenido distintas consideraciones dependiendo del ámbito en que se utilice. De entre todas las definiciones de víctima hemos de destacar la que nos ofrece la reciente Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima, que recoge un doble concepto: víctima directa e indirecta. Por víctima directa comprende a “toda persona física que haya sufrido un daño o perjuicio sobre su propia persona o patrimonio, en especial lesiones físicas o psíquicas, daños emocionales o perjuicios económicos directamente causados por la comisión de un delito”. Por su parte, considera víctima indirecta en los casos de muerte o desaparición de

una persona que haya sido causada directamente por un delito a “A su cónyuge no separado legalmente o de hecho y a los hijos de la víctima o del cónyuge no separado legalmente o de hecho que en el momento de la muerte o desaparición de la víctima convivieran con ellos; a la persona que hasta el momento de la muerte o desaparición hubiera estado unida a ella por una análoga relación de afectividad y a los hijos de ésta que en el momento de la muerte o desaparición de la víctima convivieran con ella; a sus progenitores y parientes en línea recta o colateral dentro del tercer grado que se encontraren bajo su guarda y a las personas sujetas a su tutela o curatela o que se encontraren bajo su acogimiento familiar.” Y añade, “En caso de no existir los anteriores, a los demás parientes en línea recta y a sus hermanos, con preferencia, entre ellos, del que ostentara la representación legal de la víctima”. De la simple lectura de este precepto, el art. 2 de la Ley 4/2015, puede apreciarse el concepto tan amplio de víctima que maneja nuestro legislador.

Además, el Estatuto de la Víctima, establece por vez primera y de manera formal en nuestro ordenamiento jurídico, la relación entre víctima y Justicia Restaurativa, permitiendo la posibilidad de emplear vías restaurativas en el procedimiento penal.

Aunque aplaudimos esta novedosa incorporación, no por ello debemos ocultar que la víctima ha estado “neutralizada” tanto por el propio sistema como por la Dogmática Penal y la Criminología, que junto a otras ciencias penales, han dado la espalda al perjudicado del delito para centrarse en el autor.

Afortunadamente, hemos asistido al resurgimiento de la víctima del delito, y es debido principalmente a factores ideológicos, científicos y político-criminales.

En esta renovada presencia del otrora “sujeto pasivo” ha jugado un papel esencial la Victimología, que desde los estudios iniciales de Von Hentig y Mendelshon, propiciaron una mayor atención hacia la víctima, desarrollándose teorías sobre la misma, y conformando una base teórica y práctica del nacimiento de esta ciencia penal. Fundamentalmente, este interés ha propiciado el aumento de los estudios científicos que se han encargado de ofrecernos los elementos característicos de la consecuencia del delito, conocida como victimización. Entre sus categorías se encuentra la denominada victimización secundaria que surge con el contacto de la víctima con el sistema de justicia penal tradicional que no responde a sus necesidades y expectativas, fundamentalmente emocionales y psicológicas. En este Capítulo, desgranamos los elementos de la reparación de la víctima y la importancia como fin restaurativo así como los efectos y consideraciones de índole jurisprudencial.

En el Capítulo III, está la interrelación entre víctimas y ofensores, como parte del fenómeno criminal y lo hacemos desde su comprensión a través de las explicaciones teóricas que nos vienen de las Ciencias Penales, como la Criminología y la Victimología.

Asimismo hacemos un recorrido por las múltiples y diversas teorías que han intentado explicar las causas y factores que integran el delito. Su agrupación nada sencilla se realiza en función de cuatro categorías:

1) Las teorías de las diferencias individuales en la comisión de delitos, que están conformadas por teorías biologicistas; del aprendizaje; teorías basadas en la frustración; en la identidad; en la elección racional y, por último, en el control social.

2) Las teorías explicativas del delito que se basan en los cambios en el ciclo vital en el individuo y su relación con el comportamiento delictivo.

3) Las teorías de la diversidad de las tasas de criminalidad, tratan de explicar por qué las tasas de criminalidad varían de una sociedad a otra, o entre comunidades. En términos generales, estas teorías pueden dividirse en tres categorías: a) Las “exclusivas”; b) Las “mixtas”; y, c) Las de ámbito “individual”.

4) Las teorías sobre diferencias en las conductas criminales situacionales, han prestado atención a los contextos en donde convergen diferentes estímulos físicos y sociales y su incidencia en la conducta criminal de los individuos. El desafío de estas teorías ha sido identificar los aspectos relevantes que entran en juego y explicar cómo y por qué, esos aspectos se conectan, ya sea para producir una conducta criminal o no.

Todas estas teorías nos aportan elementos que nos permiten conocer mejor las causas y factores del hecho delictivo y nos proporcionan, al tiempo, pautas a tener en cuenta en el planteamiento del procedimiento restaurativo.

Respecto al Análisis de la interacción entre víctima y ofensor que puede hacerse desde la Victimología, se parte de los estudios que se han realizado en los aspectos dinámicos del delito, incidiendo en la indiferencia del victimario hacia la víctima como factor criminógeno, la posible inversión de roles de victimario a víctima y de víctima a victimario, las relaciones entre víctimas y delincuentes y los procesos de selección de la víctima por parte de su ofensor. Las conclusiones que puedan obtenerse de este análisis resaltarán esenciales para el éxito final de la práctica restaurativa.

En el Capítulo IV nos adentramos en el complejo ámbito de las técnicas restaurativas y su aplicación al proceso penal, ya que son la base de futuras innovaciones en esta materia de resolución de conflictos aplicadas al ámbito penal. Las características de estas técnicas son fundamentalmente su flexibilidad y su dinamismo.

Para ello acogemos el concepto de “programas restaurativos”, descrito en los Principios Básicos sobre el Uso de Programas de Justicia Restaurativa en Materia Penal del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas del año 2002, como “aquellos que se usan bajo procesos de índole restaurativo y que su fin pasa por obtener un resultado restaurativo ”, destacando como aspectos esenciales en los programas de justicia restaurativa que se constate la voluntad expresa en su participación y que el victimario asuma la responsabilidad de la comisión de los hechos (o exprese su punto de vista de su comportamiento realizado), sin que ello suponga trasladar esta responsabilidad al sistema penal tradicional.

Las técnicas restaurativas ofrecen un sólido camino para satisfacer las necesidades de las víctimas y atender los aspectos relativos a la reparación por parte del ofensor, contribuyendo a una mejor rehabilitación, cumpliendo así con la recomendación establecida en el Manual de Programas de Justicia Restaurativa de la ONU, que señala cuatro elementos básicos para que un proceso plenamente restaurativo alcance sus objetivos: (a) una víctima identificable; (b) la participación voluntaria de la víctima; (c) un delincuente que acepte la responsabilidad de su comportamiento delictivo; y (d) la participación no forzada del delincuente.

En la categorización de técnicas restaurativas, que son susceptibles de flexibilidad y de interrelación entre ellas, destacamos la Mediación Penal, conocida por ser un proceso que ofrece a la víctima la oportunidad de conocer a su agresor en un espacio de diálogo y ambiente estructurado, con la participación de un mediador entrenado y equidistante de los protagonistas. De todas las técnicas, la Mediación, es, sin duda, la más conocida y aplicada, de hecho el Estatuto de la Víctima y el Código Penal, la incluyen de manera expresa en su articulado.

Pero la Mediación Penal no es la única técnica restaurativa a la que se puede acudir para satisfacer las necesidades de las víctimas. Así contamos, también, con las Conferencias Restaurativas, proceso que se caracteriza porque reúne a la víctima, el delincuente y las familias, para decidir y discutir soluciones para hacer frente a las consecuencias del delito. Igualmente contamos con una tercera técnica conocida como Círculos Restaurativos,



diseñada para desarrollar un plan de consenso entre los miembros de la comunidad, las víctimas, los ofensores, jueces, fiscales, policías, abogados, y los servicios sociales con la discusión entre todas las partes interesadas. Por último, la Conciliación Penal, se muestra como una técnica de resolución de conflictos por la cual las personas se valen de la intervención de un tercero que los asiste en la solución del mismo.

Este conjunto de instrumentos serán aplicados en nuestra propuesta realizada en el Capítulo V, para ello antes de pasar a explicar el modelo nos detendremos en aquellos antecedentes normativos que nos han servido de referencia, valiendo como ejemplos la Directiva 2012/19/UE; la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima; la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo del Código Penal, que introduce por vez primera la figura de la mediación; y la Resolución 2002/12 adoptada por el Consejo Económico y Social, de las Naciones Unidas, que contiene los pilares del proceso de justicia restaurativa, que los regula en forma de propuesta a través del Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa, ofreciendo en su texto, las características, principios básicos, garantías, y desarrollo de cómo debe realizarse los procesos o programas restaurativos.

En los antecedentes empíricos contamos con la experiencia que se nos solicitó desde un Juzgado de Instrucción de un partido judicial de Gran Canaria, para desarrollar un proceso de Justicia Restaurativa en un procedimiento penal y basándonos en ella realizamos nuestra propuesta de Modelo Integrador del Proceso Restaurativo, aglutinando la experiencia que

hemos adquirido a través de la práctica de técnicas restaurativas de manera individual y que mostramos ahora integradas en un programa para ser aplicado a cualquier procedimiento penal y a cualquier delito, con el deseo y esperanza de que en un futuro cercano sea ampliado y mejorado.

## **CAPÍTULO I**

### **JUSTICIA RESTAURATIVA: APROXIMACIÓN, CONCEPTUALIZACIÓN Y CONTEXTO**

## **1. Aproximación a la Justicia Restaurativa. Orígenes.**

Las ciencias sociales y jurídicas avanzan hacia la interdisciplinariedad, ofreciendo respuestas científicas y concretas a sus problemas objeto de estudio, y este avance, tiene que ver con los cambios de paradigma impulsados por el fin necesario de que las ciencias se adecúen al desarrollo de nuestra sociedad.

Afirmaba Thomas Kuhn<sup>1</sup> en su obra *La Estructura de las Revoluciones Científicas*, que “*al producirse el cambio de un paradigma por otro, el nuevo no necesariamente debería responder mejor a las preguntas que el anterior, sino*

---

<sup>1</sup> KUHN, T.S., (1962), *La estructura de las revoluciones científicas*, pág. 45.

*que la teoría antigua se mostraría cada vez más incapaz de resolver las anomalías que se le presentara”.*

Trasladado analógicamente esta aseveración a la Ciencia del Derecho, más concretamente, a la ciencia del Derecho Penal, podríamos decir que el nuevo paradigma de Justicia Penal lo constituye la Justicia Restaurativa.

Bajo esta denominación se enmarca pues un paradigma influenciado<sup>2</sup> por las críticas al olvido de la víctima por parte del derecho penal y la necesidad de su reparación real y eficaz, por la conveniencia de una mayor interacción de las partes (víctima, delincuente y comunidad social) en la resolución del conflicto y por la búsqueda de métodos eficaces en la rehabilitación del delincuente. Todo ello con el objetivo final de promocionar la humanización del Derecho Penal.

---

<sup>2</sup> Vid. SEGOVIA BERNABÉ, J.L.; RÍOS, J, (2008), “Diálogo, Justicia Restaurativa y Mediación. Documentación Social”. *Revista de Estudios Sociales y de Sociología Aplicada*, 148, 77-100. Vid. RÍOS, J.; (2015); *La Justicia Restaurativa, las víctimas y la humanización del Derecho penal, en Resolución alternativa de conflictos*. Vid. DALY, K., (2002), *Restorative Justice: the real story. Punishment & Society*. Vid. DUFF , R., (2003), *Restorative punishment and punitive restoration*. Vid. GAVRIELIDES, T., (2007), *Restorative Justice Theory and Practice*.

## Orígenes de la Justicia Restaurativa

A la vista de las experiencias relatadas por poblaciones indígenas sobre la forma de proceder en la impartición de la Justicia y de la bibliografía que hace referencia a sus comienzos<sup>3</sup>, no es posible concretar con exactitud su origen exacto, pero no cabe duda que existen acontecimientos históricos que han posibilitado la consolidación de la Justicia Restaurativa hasta la actualidad, y uno de los más conocidos ejemplos, lo tenemos en la experiencia desarrollada en la provincia de Ontario, Canadá. Allí tuvo lugar en los inicios de los años 70, del pasado siglo, el primer Programa de Reconciliación entre Víctima y Delincuente, conocido por su denominación original como VOM, "*Victim Offender Mediation*"<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> Vid. ASHWORTH, A.; BRAITHWAITE, J.; FATTAH, E; PETERS, T.; CHRISTIE, N.; DALY, K.; MCEVOY, K., MIKA, H. y HUDSON, B.

<sup>4</sup> Vid. PEACHEY, D.E., (1988), *Victim/offender mediation: The Kitchener experiment*. El primer Programa de Reconciliación entre Víctima y Delincuente (llamado VOM, por su nombre en inglés, "Victim Offender Mediation") comenzó como un experimento en Kitchener, Ontario, a principios de los años 70 cuando Mark Yantzi, un funcionario encargado de la gestión de la libertad condicional de menores convenció a un juez para que dos jóvenes condenados por vandalismo, se reunieran con las víctimas de sus delitos. Después de los encuentros, el juez ordenó a ambos jóvenes realizar una restitución a las víctimas como condición para la obtención de la libertad condicional. Por lo tanto, los VORP (o Programas de Reconciliación entre Víctima y Delincuente) comenzaron como una sentencia alternativa posterior a la condena basada en la libertad condicional, inspirada por la idea de que los encuentros entre víctima y delincuente podrían ser útiles para ambas partes.

Esta experiencia en la ciudad de Kitchener fue consolidándose y evolucionando, hasta convertirse en un programa de reconciliación entre víctima y delincuente subvencionado por el Gobierno, con el apoyo de la iglesia y de organizaciones comunitarias. Tras estas iniciativas en Canadá, el programa<sup>5</sup> saltó a Estados Unidos, siendo la ciudad de Elkhart, en Indiana, quien viera por primera vez su propio modelo en el año 1978. A partir de ese momento, los citados programas se fueron extendiendo por Estados Unidos y Europa.

Si bien es cierto que en sus inicios, la mediación entre víctima y delincuente no fue considerada en sí misma como una reforma propia del sistema de justicia penal, quienes la utilizaban comprobaron que sus resultados prácticos ofrecían grandes posibilidades y comenzaron a emplear la

---

<sup>5</sup> Vid. VAN NESS, D.; STRONG, K., (2010), *Restoring Justice: An Introduction to Restorative Justice*, pág. 69. Esencialmente, los VOMs implican una reunión entre víctima y delincuente, facilitada por un mediador capacitado. Con la asistencia del mediador, víctima y delincuente comienzan a resolver el conflicto y a desarrollar su propio abordaje a fin de hacer justicia con respecto a ese delito en particular. Ambos tienen la oportunidad de expresar sus sentimientos y percepciones respecto al delito. Vid. UMBREIT, M., (1994), *Victim Meets Offender: The Impact of Restorative Justice and Mediation*. pág. 8. Las reuniones concluyen con un intento de llegar a un acuerdo sobre los pasos que dará el delincuente a fin de reparar el daño sufrido por la víctima y otros modos de "componer la situación". La participación de la víctima y del delincuente es voluntaria. El rol del mediador consiste en facilitar la interacción entre víctima y delincuente, para que cada uno asuma un rol proactivo en alcanzar un resultado que sea percibido como justo por ambos. Vid. CRAGG, W., (1992), *The Practice of Punishment: Towards a Theory of Restorative Justice*. pág. 5. A diferencia del sistema tradicional de justicia penal, los VORPs implican la participación activa por parte de la víctima y el delincuente, dándoles la oportunidad de rectificar mutuamente el daño infligido a la víctima en un proceso que promueve el diálogo entre ambos.

expresión “Justicia Restaurativa” para realizar una descripción de su ámbito y de sus características, así como de su vinculación al sistema penal<sup>6</sup>.

Un momento decisivo en la evolución de la Justicia Restaurativa, fue el XI Congreso Internacional de Criminología, celebrado en Budapest, en el año 1993. Fue en este congreso donde se acuñó el término<sup>7</sup>, aunque es conocida también como “Justicia Restauradora” o “Justicia reparadora”<sup>8</sup>.

Uno de los máximos impulsores de este paradigma en Europa ha sido TONY PETERS<sup>9</sup>, que ha desarrollado e impulsado la creación de proyectos de mediación penal en Bélgica, en donde se institucionalizó. Sus estudios sobre los protagonistas del fenómeno criminal desde su cargo como Catedrático en

---

<sup>6</sup> BRIGHT, C. *Mediación entre víctima y delincuente*. Recuperado el 19 de marzo de 2015, de <http://www.justiciarestaurativa.org/intro/practices/mediation>.

<sup>7</sup> Desde el XI Congreso Internacional de Criminología, celebrado en Budapest en 1993, se viene dando protagonismo a la víctima a través de la Justicia Restaurativa. Autores pioneros en esta teoría son los americanos HOWARD ZEHR, (1990), a través de su obra *Changing Lenses: A new focus for Crime and Justice* y Van Ness, D.; Strong, Karen Heetderks, (1997), *Restoring Justice*.

<sup>8</sup> Denominación adoptada por la Directiva no 29 de 2012 de la Unión Europea *por la que se establecen las normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección a las víctimas de los delitos* y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo.

<sup>9</sup> Vid. PETERS, T., (1988), *Consideraciones teóricas sobre la Victimología*; (1990), *Criminología y Victimología*; (1994), *Mediación para la reparación*; (1994) *La pena considerada desde una perspectiva de reparación*; (2004) *Investigación de acción y Justicia Restauradora*.



Criminología en la Universidad de Lovaina, constituyen una referencia imprescindible en este campo.

Junto al profesor PETERS, el Dr EZZAT FATTAH<sup>10</sup>, de la Universidad Simon Fraser de Canadá, realizó diversos estudios sobre las víctimas del delito y su análisis desde el sistema penal. Estas investigaciones han sido un importante germen para la evolución de la Justicia Restaurativa desde la Victimología como veremos en el Capítulo III, del presente trabajo.

En la actualidad, diferentes autores, entre los que destaca Howard Zehr dedican su esfuerzo investigador a este nuevo modelo. El Dr. ZEHR, impulsó y dirigió el primer programa de Justicia Restaurativa en Estados Unidos, y está considerado como unos de los padres de este paradigma, ahondando en su estudio, conceptualizándolo y teorizando sobre el mismo como veremos más adelante<sup>11</sup>.

Este autor parte de la idea de que el sistema penal no es válido para las víctimas, que no pueden ver satisfechas sus verdaderas necesidades. Tampoco el sistema penal es válido para los ofensores, pues no consigue frenar la estimulación en la comisión delictiva y tampoco favorece la asunción

---

<sup>10</sup> Vid. FATTAH, E., (1986), *From Crime Policy to Victim Policy*; (1991), *Understanding Criminal Victimization*; (1992), *Towards a Critical Victimology*.

<sup>11</sup> Vid. ZEHR, H., (1990), *A new focus for Crime and Justice*; (2006), *El pequeño libro de la Justicia Restaurativa*.

de responsabilidad por parte de éstos. Frente a la justicia penal tradicional, ZHER propone un modelo que esté basado en la concepción del hecho criminal como una violación de las relaciones humanas, de forma que el aspecto emocional de la víctima y el victimario sea visto como el núcleo del problema<sup>12</sup>.

ZHER<sup>13</sup> confronta ambos modelos, cuyas principales características se pueden apreciar en la siguiente tabla:

---

<sup>12</sup> TAMARIT, J., (2012), *La Justicia Restaurativa: Desarrollo y Aplicaciones*, pág. 6.

<sup>13</sup> ZHER, H., (2012), *Cambiando la lente*, págs., 204-206.

JUSTICIA RETRIBUTIVA	JUSTICIA RESTAURATIVA
Delito definido como violación del Estado	Delito definido como daño de una persona a otra
Centrada en establecer la culpa en el pasado	Centrada en la solución de problemas, responsabilidades, y obligaciones en el futuro
Relaciones adversariales y proceso normativo	Diálogo y negociación normativa
Imposición de sufrimiento para castigar y prevenir delitos	Restitución como medio para restaurar a las dos partes
Justicia definida por la intención y por el proceso: reglas correctas	Justicia definida como relaciones correctas: enjuiciamiento por resultado
Conflicto entre el individuo y el Estado	Delito concebido como conflicto interpersonal
Un daño social sustituido por otro	Reparación del daño social
Comunidad es secundaria. La representa el Estado	Comunidad como facilitadora del proceso restaurativo
Potenciación de los valores individualistas	Potenciación de la mutualidad
Acción dirigida del Estado al ofensor: víctima ignorada	Reconocimiento de los roles de la víctima y ofensor en el problema y en la solución
Responsabilidad del ofensor definida como castigo	Responsabilidad del ofensor definida como comprensión del impacto de la acción y contribución a decidir como hacer las cosas bien
Delito definido en términos legales	Delito entendido en el contexto global: social, moral, económico y político
Deuda hacia el Estado y a la sociedad	Reconocimiento del deber y responsabilidad de la víctima
Respuesta centrada en el comportamiento pasado del autor	Respuesta basada en las consecuencias perjudiciales del comportamiento del autor
Estigma del delito irrevocable	Estigma del delito revocable mediante la acción restaurativa
No promueve el arrepentimiento y la disculpa	Posibilidades de arrepentimiento y disculpa
Dependencia de profesionales	Implicación directa de los protagonistas del hecho

En la consolidación y estructuración de la Justicia Restaurativa ha tenido gran relevancia las aportaciones del neoyorkino TONY MARSHALL<sup>14</sup>. Este autor entiende la Justicia Restaurativa como una serie de principios orientadores de la actividad de las instituciones en relación al delito. Estos principios son: 1) la creación de espacios para la involucración personal de los afectados, especialmente de los ofensores y víctimas, pero también sus familias y comunidades; 2) la visión de los problemas del delito en su contexto social; 3) una visión prospectiva o preventiva orientada a la resolución de problemas; 4) flexibilidad y creatividad en la práctica<sup>15</sup>.

Para MARSHALL, entre los aspectos más importantes en el desarrollo de los programas de Justicia Restaurativa esta su relación con el sistema de justicia. A su juicio, no pueden ser concebidos como dos sistemas independientes, porque la Justicia Restaurativa debería integrarse en la justicia penal como un proceso complementario que la mejore, y que le aporte calidad, efectividad y eficiencia<sup>16</sup>.

Otro de los considerados padres de la moderna Justicia Restaurativa, es el Dr. BRIAN STEEL, profesor de la Universidad de Curtin, (Australia) y director del Foro de Justicia Restaurativa para Asia-Pacífico, que ha investigado ampliamente sobre esta materia, especialmente sobre las técnicas

---

<sup>14</sup> Vid. MARSHALL, T., (1999), *Restorative Justice*.

<sup>15</sup> MARSHALL, T., (1999) *Ibidem*, pág. 10.

<sup>16</sup> TAMARIT, J., (2012), *La Justicia Restaurativa...* op. cit, pág. 7.

restaurativas, publicando sus trabajos<sup>17</sup> en colaboración con la Dra. DOT GOULDING. Juntos desarrollan su actividad en el Centro de Ética, Igualdad y Justicia Social de la citada Universidad australiana.

En su ponencia *“Desde la reflexión a la redención: un viaje hacia la restauración de uno mismo y los demás”*, conferencia impartida en el I Seminario Práctico Internacional de Justicia Restaurativa, en Las Palmas de Gran Canaria, organizado por el Foro Canario de Justicia Restaurativa<sup>18</sup>, el Profesor STEELS<sup>19</sup> plantea una serie de elementos básicos esenciales en su trabajo con víctimas y ofensores en la práctica restaurativa. Entre otros destaca en el ofensor: la asunción de responsabilidad; el arrepentimiento, la reparación y la restitución. Y en la víctima: la capacidad de perdón, la capacidad de recuperación y de superación del hecho sufrido.

---

<sup>17</sup> Vid. GOULDING, D.; STEELS, B., (2012), *Restorative Justice in the Asia Pacific Region: Acting Fairly, Being Just*. Vid. STEELS, B., GOULDING, D., (2013), *The Problem of Over-Representation of Indigenous Australians within the Western Australian Criminal Justice System: Possible Solutions*; Vid. GOULDING, D.; STEELS, B., (2013), *Ten Years on, the "Three Circle" Model of Restorative & Transformative Justice: A Tool to Combat Victimization and Recidivism*. Vid. STEELS, B.; GOULDING, D.; ABBOT, K., (2014), *Restorative Justice in Asia: From the Margins and Corners to Commonplace*. In *Contemporary Trends in Asian Criminal Justice: Paving the Way for the Future*.

<sup>18</sup> El Foro Canario de Justicia Restaurativa – FCJR, es una entidad sin ánimo de lucro, constituida en el año 2010, pionera en Canarias en el estudio y desarrollo de la Justicia Restaurativa.

<sup>19</sup> GOULDING, D.; STEELS, B., (2013), *Ten Years on, the "Three Circle" Model of Restorative & Transformative Justice*, págs. 32-51.

Como hemos podido apreciar, los orígenes de la Justicia Restaurativa son hoy cercanos en el tiempo, por lo que su evolución y desarrollo van de la mano con su propia consolidación como una alternativa viable dentro del sistema penal.

## 2. Concepto y contexto de la Justicia Restaurativa. Principios y garantías fundamentales en su aplicación práctica.

### 2.1 Concepto y Contexto

Varios son los intentos por definir<sup>20</sup> a la Justicia Restaurativa, pero al margen de ello, es común y pacífica la idea de que persigue restaurar, en la medida de lo posible, la situación postdelito a la inmediatamente anterior a cometerse el hecho delictivo, con el fin de que los protagonistas, ofensor y víctima, colaboren de manera voluntaria en la reparación del daño causado<sup>21</sup>.

En el *Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito*<sup>22</sup>, se señala que la Justicia

---

<sup>20</sup> Vid. BOLDT, R., (1986), *Criminal Law: Restitution, Criminal Law, and the Ideology of Individuality*, *Journal of Criminal Law and Criminology*, núm. 77. Sobre la definición de Justicia Restaurativa, se pueden consultar entre otros, ZEHR, H., (2006), *The Little Book of Restorative Justice*. Vid. UMBREIT, M., (1994), *Victim Meets Offender: The Impact of Restorative Justice and Mediation*.

<sup>21</sup> Vid. ASHWORTH, A.; ZEHR, H.; BRAITHWAITE, J.; FATTAH, E; PETERS, T.; CHRISTIE, N.; DALY, K.; MCEVOY, K., MIKA, H. y HUDSON, B.

<sup>22</sup> El Manual fue preparado para la Oficina de las Naciones Unidas contra La Droga y el Delito (UNODC) por YVON DANDURAND, Decano de Investigación de Facultad de Fraser Valley, Canadá; Asociado Sénior del Centro para la Reforma de Leyes Penales y Políticas de Justicia Penal y por CURT T. GRIFFITHS, Profesor de la Escuela de Criminología de la Universidad

Restaurativa es una forma de responder al comportamiento delictivo, proporcionando un equilibrio de las necesidades de la comunidad, de las víctimas y de los delincuentes. Es un concepto evolutivo que ha generado diferentes interpretaciones en distintos ámbitos culturales y geográficos, respecto al cual, no hay siempre un consenso perfecto<sup>23</sup>. Esto se debe también a las dificultades para traducir de manera precisa el concepto en diversos países, en los cuales a menudo se usa una gran variedad de términos<sup>24</sup>.

Para ZEHR, la Justicia Restaurativa se define como *“un proceso dirigido a involucrar, dentro de lo posible, a todos los que tengan un interés en una ofensa particular, e identificar y atender colectivamente los daños, necesidades y obligaciones derivados de dicha ofensa, con el propósito de sanar y enmendar los daños de la mejor manera posible”*<sup>25</sup>.

---

Simon Fraser en Canadá. El Manual fue revisado en una junta de grupos de expertos llevada a cabo en UNODC, en Viena el 30 y 31 de enero de 2006, contribuyendo en esta tarea los siguientes expertos: IVO AERTSEN; HAZEM ALY; ELIAS CARRANZA; BORBALA FELLEGI; KITTIPONG KITTAYARAK; PAUL MCCOLD; CHINO OBIAGWU; CHRISTA PELIKAN; ANN SKELTON; ADAM STAPLETON; PAVEL STERN; DANIEL VAN NESS y MARTIN WRIGHT.

<sup>23</sup> VAN NESS, D., (2005), *An Overview of Restorative Justice around the World*, pág. 35.

<sup>24</sup> WRIGHT, M., (1996), *Justice for Victims and Offenders: A Restorative Response to Crime*, pág. 24.

<sup>25</sup> ZEHR, H., (2006), *Little book...*, op.cit., pág. 45



Según este autor<sup>26</sup>, La Justicia Restaurativa se centra en la reparación de los daños causados por el hecho criminal, y busca de forma voluntaria involucrar a las personas que tienen una participación como consecuencia de la comisión de un delito específico (la víctima, el delincuente, los miembros de la familia, la comunidad u otros), para identificar y reparar los daños, detectar las necesidades y obligaciones de las personas involucradas al objeto de “sanar las heridas” y restablecer la situación en la medida de lo posible.

Para ZHER, la Justicia Restaurativa puede realizar importantes contribuciones específicas al sistema penal, de tal forma que aumenta el protagonismo de los sujetos activo y pasivo en los procedimientos penales<sup>27</sup>, y amplía con su objeto de estudio el círculo de los interesados, aquellas personas o partes que tienen interés o mantienen un rol directo en un caso o situación determinada, en el que no sólo se incluye al Estado y al ofensor, sino también a la víctima y a otros miembros de la comunidad. Así, la Justicia Restaurativa se sustentaría en tres pilares fundamentales<sup>28</sup>:

---

<sup>26</sup> ZEHR, H., *Restorative Justice*, recuperado el 14 de septiembre de 2011, de <http://emu.edu/now/restorative-justice>

<sup>27</sup> ZHER, H. (2012), *Cambiando la lente*, pág. 210.

<sup>28</sup> ZEHR, H. (2006), *Little book of Restorative Justice*. pág. 45

## 1) La Justicia Restaurativa se centra en el daño.

La Justicia Restaurativa entiende el delito como un daño ocasionado, no solo a las personas, sino también a la comunidad. Mantiene el autor que la preocupación de una política criminal dirigida fundamentalmente al reproche penal de los ofensores, hace que el sistema legal otorgue a las víctimas un interés reducido y limitado. Por el contrario, dirigir la atención en el daño ocasionado, implica de forma inherente una preocupación por las necesidades y roles de las víctimas como protagonistas directas del fenómeno criminal. Para la Justicia Restaurativa, entonces, el sistema penal debe preocuparse por las víctimas y sus necesidades y procurar la restitución<sup>29</sup> y reparación del daño.

## 2) Las “ofensas” conllevan obligaciones

La Justicia Restaurativa considera esencial la responsabilidad activa del victimario y de las consiguientes obligaciones que devienen de ella. Sigue diciendo ZEHR<sup>30</sup>, que en la práctica, en el sistema jurídico penal la atribución de responsabilidades consiste en asegurar que los ofensores reciban su castigo. No obstante, si el hecho criminal se relaciona esencialmente con el

---

<sup>29</sup> BOLDT, R., (1986), “Criminal Law: Restitution, Criminal Law, and the Ideology of Individuality”, *Journal of Criminal Law and Criminology*, núm. 77, pág. 970. Señala BOLDT que el término *restitución* se emplea por los defensores de la justicia restauradora en un sentido muy amplio, coincidente en gran parte con la idea de resarcimiento y “comprende cualquier actividad dirigida a reparar el daño o a restaurar a la víctima en la situación previa a la comisión del hecho delictivo, siempre que se realice a cargo del delincuente.

<sup>30</sup> ZEHR, H. (2006), *Little book...* op. cit., pág. 46.

daño, entonces la responsabilidad activa requiere que desde la sociedad colaboremos para que los ofensores lleguen a comprender ese daño causado.

### 3) La Justicia Restaurativa promueve la participación y el compromiso.

El principio de la participación implica que las partes que se han visto afectadas por el delito, puedan ejercer roles importantes en el proceso judicial. Cada parte afectada debe tener acceso a la información relativa a otras y debe tener participación en el proceso con el fin de decidir cuáles son las necesidades para que el resultado de la justicia impartida sea eficaz. Habitualmente esto significa el establecimiento de un diálogo directo entre las partes<sup>31</sup>. De este modo, comparten y exponen sus diferentes experiencias con el fin de llegar a un consenso acerca de las acciones que deberían adoptarse<sup>32</sup>.

En otros casos, en donde este contacto directo no sea posible, la comunicación entre las partes puede realizarse de forma indirecta, con la participación de representantes u otras formas alternativas, como veremos en el Capítulo V.

---

<sup>31</sup> PEACHEY, D.E.; WAHL, G., (1997), *Making the most of mediation: A participant's guide to resolving land use and planning disputes*, pág.47.

<sup>32</sup> CRAGG, W., (1992), *The Practice of Punishment: Towards a Theory of Restorative Justice*, pág. 28.

Por su parte, MARSHALL<sup>33</sup> proporciona un concepto generalmente aceptado de Justicia Restaurativa, como “*un proceso a través del cual las partes que se han visto involucradas y que poseen un interés en un delito en particular, resuelven de manera colectiva la manera de lidiar con las consecuencias inmediatas de éste y sus repercusiones para el futuro*”.

Sus objetivos primarios son: 1) prestar atención plena a las necesidades de las víctimas, ya sean materiales, económicas, emocionales o sociales; 2) prevenir la reincidencia del ofensor a través de su integración en la comunidad; 3) permitir que el ofensor asuma la responsabilidad activa por sus acciones; 4) recrear una comunidad de trabajo que brinde apoyo a la rehabilitación de los ofensores y víctimas; 5) promover medios para evitar el recurso a la justicia legal y los costos y retrasos asociados a la misma<sup>34</sup>.

Para el Nobel de la paz DESMOND TUTU<sup>35</sup>, el sistema legal es frío e impersonal y hace caso omiso a la víctima. Por el contrario, la Justicia Restaurativa ofrece esperanzas. TUTU, considera que el peor criminal puede convertirse en mejor persona, sin que signifique cejar en la persecución del crimen.

---

<sup>33</sup> MARSHALL, T., (1999), *Restorative Justice. An Overview*. pág. 12.

<sup>34</sup> TAMARIT, J., op. cit., *La Justicia Restaurativa...* pág. 8.

<sup>35</sup> TUTU, D., (2005), *El Libro Del Perdón: El Camino de Sanación para Nosotros y Nuestro Mundo*.

En este sentido, los ofensores deben ser capaces de identificar la gravedad de sus actos a través de las respectivas resoluciones judiciales, pero también debe haber esperanza de que el criminal pueda llegar a reinsertarse y ser útil para la sociedad, tras pagar el precio que le debe. *“Cuando actuamos como si realmente creyéramos que algo puede ser mejor, ese algo puede llegar a ser mejor y a menudo superar nuestras expectativas”*<sup>36</sup>.

En el ámbito teórico de la Justicia Restaurativa, destaca BRAITHWAITE<sup>37</sup>, que con su “vergüenza reintegradora”, ha apostado por un modelo que supere el de la justicia tradicional, que genera la estigmatización del delincuente, su humillación y la venganza, mientras que el restaurativo, genera formas de intervención que se caracterizaran por una gestión constructiva y reintegradora de la vergüenza<sup>38</sup>.

Para este autor, la Justicia Restaurativa consiste *“en restaurar a la víctimas, a los ofensores y a la comunidad”*<sup>39</sup>. El hecho criminal provoca en la víctima una pérdida de su dignidad y libertad, por lo que a través de las prácticas restaurativas puede encontrar las respuestas que le lleven a

---

<sup>36</sup> TUTU, D., (2006), *La experiencia de la comisión de verdad y reparación en Suráfrica. Justicia es reconciliación*, pág 28.

<sup>37</sup> Vid. BRAITHWAITE, J. (1989), *Crime, Shame and Reintegration*; (2002) *Restorative Justice and Responsive*.

<sup>38</sup> BRAITHWAITE, J. (1989), *Crime, Shame and Reintegration.*, pág. 10.

<sup>39</sup> BRAITHWAITE, J. (1989), *Restorative Justice and Responsive.*, pág. 21.

recuperar su seguridad, su dignidad y de *empoderamiento*<sup>40</sup>, en contraposición con aquellas que le vienen impuestas por el sistema de justicia tradicional.

## 2.2. Contexto de la Justicia Restaurativa.

Como hemos descrito, tratar de establecer un concepto unitario y general de la Justicia Restaurativa es una tarea compleja, tal es así, que en la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal de la Comisión General de las Naciones Unidas, en el informe del Secretario General al respecto de la Justicia Restaurativa, no se pudo establecer una conceptualización de la misma. El citado informe se sometía a consideración del Consejo Social, en

---

<sup>40</sup> GUTIÉRREZ, C., (2005), *El empoderamiento de las víctimas desde la Justicia Restaurativa*. Señala esta autora que el empoderamiento, término utilizado especialmente por las corrientes feministas y la psicología social, y también muy popular entre los profesionales que trabajan con aproximaciones participativas a la pobreza ("*empower the poor*"), se entiende aquí como una serie de acciones encaminadas a que una persona adquiera, a través de un incremento en el acceso a los recursos (jueces, psicólogos, médicos, expedientes, restituciones), un control sobre su vida y sobre las decisiones que toma, en pro de su bienestar físico y mental, que a la vez redundará en beneficio de los que la rodean y de la comunidad en general. El empoderamiento es un proceso mediante el cual las personas incrementan su capacidad de configurar sus propias vidas. KRAFT, T., (2001), en su obra *Nonviolence and Social Empowerment*, plantea que el empoderamiento debe llevar a las personas a utilizar además de los internos, recursos externos. Estos recursos pueden ser: 1) Recursos Humanos: Como lo pueden ser el mediador, los jueces, la comunidad, el agresor, miembros de la familia, entre otros. 2) Recursos físicos: establecimientos, transporte, etc.; 3) Recursos Psicológicos: confianza, auto-control, bienestar emocional, etc.; 4) Recursos intelectuales: información, ideas, conocimiento de situaciones, etc.; 5) Recursos financieros: salarios, donaciones, dinero, inversiones, etc.

cumplimiento de las Resoluciones del Consejo Económico y Social 1999/26 y 2000/14.

En ésta última, el Consejo solicitó al secretario general que pidiera informes a los Estados miembros, así como de organizaciones gubernamentales y no gubernamentales, como también de los distintos institutos que componen la red de programas de la ONU en materia de prevención del delito y justicia penal, sobre la conveniencia y recursos a disponer en Justicia Restaurativa, incluido la posibilidad del establecimiento de un programa y un instrumento de funcionamiento y aplicación.

Previamente a ello, esta cuestión se había abordado en el Décimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención y Tratamiento del Delincuente, que se celebró en Viena en abril de 2000.

Los asistentes acordaron que el concepto de Justicia Restaurativa debía ser un aspecto fundamental en los debates suscitados sobre la responsabilidad y equidad respecto de los ofensores y las víctimas en el proceso penal.

El objetivo era que a través de la Justicia Restaurativa se reparara el daño causado y se restableciese al delincuente y a la víctima en la medida de lo posible a su situación anterior a la comisión del hecho ilícito, e incorporar a la comunidad y a la sociedad en el proceso restaurativo.

En una aproximación al concepto se decía que el delito suele incidir en el futuro de las víctimas y comunidades, pero también en el de sus autores. Por

tanto, la Justicia Restaurativa procuraría restablecer los intereses de todas las partes afectadas por un acto delictivo, en la medida de lo posible con la participación activa y voluntaria de los delincuentes, las víctimas y las comunidades. Sin embargo, el término “Justicia Restaurativa” no se definió en ninguna de las dos resoluciones del Consejo Económico y Social (1996/26, 2000/14).

Lo que sí se afirmó claramente, fue la postura que se debería tener ante una eventual aplicación de este nuevo paradigma.

Tanto los participantes en la reunión del grupo de expertos consultados como la mayoría de los representantes de Estados miembros y organizaciones coincidieron que la Justicia Restaurativa debía servir de complemento a los sistemas jurídicos establecidos, y que no debía entenderse o interpretarse como un mecanismo encaminado a reemplazar los sistemas existentes<sup>41</sup>.

Por otro lado, en el *Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa*, elaborado por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito<sup>42</sup>, se establece que la Justicia Restaurativa es una forma de responder al fenómeno criminal teniendo en cuenta las necesidades de la comunidad, de las víctimas y de los delincuentes.

---

<sup>41</sup> *Informe del Secretario General del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas*. (2002).

<sup>42</sup> *Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa*, (2006), Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito.



Como se ha dicho con anterioridad, es un concepto en plena evolución y que genera distintas interpretaciones en los distintos países en donde se aborde la cuestión, respecto al cual no hay siempre un consenso perfecto. En esto incide las dificultades en diversos países de la traducción de una forma precisa del propio concepto, en los cuales se usa a menudo una gran variedad de términos.

Sin embargo, sí hay consenso en la expresión “programa de Justicia Restaurativa” que a todos los efectos, tiene el mismo uso que el utilizado en los Principios Básicos, entendido como “todo programa que utilice procesos restaurativos e intente lograr resultados restaurativos”.

Un “proceso restaurativo” se define como *“todo proceso en que la víctima, el delincuente y, cuando proceda, cualesquiera otras personas o miembros de la comunidad afectados por un delito participen conjuntamente de forma activa en la resolución de las cuestiones derivadas del delito, por lo general con la ayuda de un facilitador”*. En este sentido, la Justicia Restaurativa da tanto valor al proceso como al resultado. Los individuos involucrados en este proceso son denominados “partes”.

De acuerdo a los Principios Básicos, 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”.

Dicho esto y siguiendo la referencia del *Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa*, elaborado por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito se consagran los siguientes conceptos:

- **Programa de Justicia Restaurativa.** “Es un programa que usa procesos restaurativos y busca alcanzar resultados restaurativos”.

- **Proceso restaurativo.** “Cualquier proceso en el que la víctima y el delincuente y cuando es adecuado cualquier otro individuo o miembros de la comunidad afectados por un crimen, participan en conjunto activamente en la resolución de asuntos derivados del crimen, generalmente con ayuda de un facilitador. Los procesos restaurativos pueden incluir mediación, conciliación, conferencias y círculos de sentencias”.

- **Resultado restaurativo.** “Es un acuerdo alcanzado como resultado de un proceso restaurativo. Los resultados restaurativos incluyen respuestas y programas como reparación, restitución y servicio a la comunidad, con la meta de cumplir con las necesidades individuales y colectivas y responsabilidades de las partes y para alcanzar la reintegración de la víctima y del delincuente”.

- **Partes.** “Se refiere a la víctima, el delincuente y cualquier otro individuo o miembro de la comunidad afectado por un crimen quien puede involucrarse en un proceso restaurativo”.

- **Facilitador.** “Se refiere a una persona cuyo rol es facilitar de manera justa e imparcial, la participación de las partes en un proceso restaurativo”.

### **2.3. Principios y garantías fundamentales en su aplicación.**

Varios autores<sup>43</sup> señalan que los principios teóricos del paradigma restaurativo, se asientan en tres importantes columnas. La primera de ellas es la de restaurar o recomponer en la medida de lo posible la situación a su estado original a aquéllos que se han visto perjudicados por la comisión del delito. En segundo lugar, ofrecer la posibilidad a aquéllos que se han visto más directamente involucrados o afectados por el delito, a participar voluntariamente en su respuesta. Y, en tercer lugar, teniendo en cuenta que el Estado es el garante de preservar el justo orden público, la comunidad, como parte del mismo, debe ayudar a construir y a mantener la paz social.

---

<sup>43</sup> *Vid.* PETERS, T., (2004); VAN NESS, D., (2010) ; WALGRAVE, L., (2002) ; ZEHR, H., (1990); PEACHEY, D., (1999); UMBREIT, M., (1994); CRAGG, W., (1992) ; BOLDT, R., (1986).

No obstante, y desde el ámbito práctico, en el párrafo 13 del *Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito*<sup>44</sup>, se detallan de manera formal los principios<sup>45</sup> y garantías fundamentales a tomar en cuenta en la aplicación de este modelo, y que en síntesis son las siguientes:

1) La víctima y el delincuente deben tener el derecho a consultar con sus abogados o asesores legales relacionados con el proceso restaurativo<sup>46</sup>.

2) Antes de acordar la participación en procesos restaurativos, las partes deben estar debidamente informadas sobre sus derechos, la naturaleza del proceso y las posibles consecuencias de sus decisiones.

---

<sup>44</sup> *Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa*, (2006), Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito.

<sup>45</sup> Los Principios Básicos del uso de programas de Justicia Restaurativa en Materia penal (ver anexo II) fue adoptado en el 2002 por el Consejo Económico y Social en las Naciones Unidas. Su propósito fue informar y motivar a los Estados Miembros a adoptar y estandarizar medidas de Justicia Restaurativa en el contexto de sus sistemas legales, pero sin intención de hacerlas obligatorias o prescriptivas. La parte central de los Principios Básicos intenta establecer los parámetros para el uso de la Justicia Restaurativa y las medidas que deben adoptarse por los Estados Miembros para asegurar de que éstos garanticen que los participantes en procesos restaurativos sean protegidos con garantías legales adecuadas. Específicamente, las partes II y III del documento tratan de definir el uso adecuado de la Justicia Restaurativa y la naturaleza de las garantías legales que deben ser implementadas.

<sup>46</sup> *Vid.* LEVERTON, W.R., (2008), “The Case for Best Practice Standards in Restorative Justice Processes”, *American Journal of Trial Advocacy*, núm. 31, pág. 516.

3) Derecho a no participar: Ni la víctima ni el delincuente deben ser obligados o inducidos de ninguna forma a participar en procesos restaurativos o a aceptar sus resultados<sup>47</sup>.

4) La participación de un delincuente en un proceso de Justicia Restaurativa no debe usarse como prueba de admisión de culpa en el procedimiento penal.

5) Los acuerdos derivados de un proceso restaurativo deben acordarse voluntariamente y deben contener solamente obligaciones razonables y proporcionadas<sup>48</sup>.

6) Confidencialidad del procedimiento: Las discusiones en procesos restaurativos deben ser confidenciales, y no deben ser reveladas<sup>49</sup>.

7) Supervisión judicial: Los resultados de los acuerdos derivados de los programas de Justicia Restaurativa deben, cuando sea adecuado, estar

---

<sup>47</sup> Para una reflexión sobre experiencias reales de Justicia Restaurativa entre víctimas de delitos violentos y sus ofensores *vid.* MILLER, S., (2011), *After the Crime, The Power of Restorative Dialogues between Victims and Violent Offenders*.

<sup>48</sup> EXON, S.N., (2008), *The Effects that Mediator Styles Impose on Neutrality and Impartiality Requirements of Mediation*, pág. 581.

<sup>49</sup> *Vid.* LEVERTON, W.R., (2008), "The Case for Best Practice Standards in Restorative Justice Processes", *American Journal of Trial Advocacy*, núm. 31, pág. 516.

supervisados judicialmente o incorporados a decisiones judiciales. Cuando eso ocurra, el resultado deberá tener el mismo valor que cualquier otra decisión judicial. Esto significa que en la mayoría de los sistemas la decisión puede ser apelada por el delincuente y el fiscal.

8) Falta de acuerdo: Si no se llega a un acuerdo, ello no debe ser utilizado en contra del delincuente en procedimientos penales posteriores.

9) 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<sup>50</sup>.

Estas son en resumen las garantías y principios inherentes, en el ámbito teórico, a la Justicia Restaurativa. Pero no podemos olvidar que la Justicia Restaurativa debe estar integrada dentro del Sistema Penal y que, por ello, debe participar de los principios jurídico penales que le sustenten.

---

<sup>50</sup> Vid. MIERS, D. (2001), *An International Review of Restorative Justice. Crime Reduction Research*, pág. 10.

### **3. Principios jurídico-penales que sustentan a la Justicia Restaurativa. Su posición como complemento del Derecho Penal.**

Adentrarnos en las garantías constitucionales y jurídico penales en relación a la justicia restaurativa, requiere en principio enmarcar la referencia en que nos situamos, que no es otro que el de un Estado Social y Democrático de Derecho, conforme se establece en el artículo 1.1 de la Carta Magna. Conviene desglosar el sentido general de esta fórmula, contemplada en su totalidad y en sus tres componentes.<sup>51</sup>

Por un lado “nos encontramos ante una fórmula que pretende armonizar, superándolos, los modelos del Estado liberal y Estado social bajo una vertiente democrática. Del Estado liberal adopta la idea de Estado de Derecho”<sup>52</sup>, de Estado gobernado por el Derecho emanado de la voluntad popular, expresada por los representantes del pueblo, en el que radica la soberanía nacional<sup>53</sup> en contraposición al Estado absoluto, en el que el Derecho se halla en manos de unos pocos. Así, vemos el art. 9.1 de la C. E que consagra: “los ciudadanos y los poderes políticos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento

---

<sup>51</sup> MIR PUIG, S., (1982), *Función de la pena y teoría del delito en el Estado Social y Democrático del Derecho*, pág. 19.

<sup>52</sup> VON MOHL, R., (1932), *Die Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen*, citado en MIR PUIG, S., *ibidem*. MIR PUIG, S., (1982), pág. 20.

<sup>53</sup> Art. 1.2 Constitución Española. “La soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado”.

jurídico”. Es decir, se define la exigencia de que los poderes públicos respeten determinadas garantías formales, y ciertos límites que salvaguarden las esferas de libertad reconocidas formalmente a los ciudadanos. Se trata de defender a la sociedad del Estado mediante la división de poderes y el principio de legalidad.

Por otro lado, el Estado social<sup>54</sup> supone el esfuerzo por romper las barreras que en el Estado liberal separan al Estado de la sociedad. El Estado social se postula como continuación o motor activo de la vida social. Si el Estado liberal pretende asegurar las garantías jurídicas, meramente formales, el Estado social se considera llamado a modificar las efectivas relaciones sociales<sup>55</sup>.

---

<sup>54</sup> Vid. CARMONA, E., (1992), “Las normas constitucionales de contenido social: delimitación y problemática de su eficacia jurídica”, en *Revista de estudios políticos*. Nº 76, págs. 103-126. El Estado social constituye la evolución del Estado liberal de Derecho que se instaura en Europa y Norteamérica a partir de las revoluciones liberales de finales del siglo XVIII y principios del siglo XIX. El denominado “Estado social de Derecho” no niega los postulados básicos del anterior Estado liberal, sino que trata de hacerlos realidad, ya que, aunque este modelo de Estado afirmaba la igualdad de derechos para todos los ciudadanos, en la práctica las diferencias sociales impedían a la mayoría de la población el disfrute efectivo de tales derechos. Es lo que se intentó poner de manifiesto con la unión de los términos Estado social y Estado de Derecho en la expresión “Estado social de Derecho”, que fue acuñada por Herman Heller, citado por CARMONA, E.; (1992) op. cit. Con ella intentó contraponer el Estado de Derecho liberal y puramente formalista con un Estado de Derecho “material”, que tuviese como finalidad hacer realidad para todos los ciudadanos los postulados del Estado liberal de Derecho clásico.

<sup>55</sup> Vid. CORDÓN, F., (1999), *Las garantías constitucionales del proceso penal*. Vid. MUÑOZ CONDE, F., (1980), *Culpabilidad y Prevención en Derecho penal*. Madrid.



Estos dos conceptos que en principio son antitéticos pueden conjugarse mediante el sometimiento de la actuación del Estado social a los límites formales. Se persigue una orientación material hacia la democracia real, preservada por el control del ciudadano de las condiciones sociales que favorecen la vida del individuo, mediante un Estado democrático del Derecho. Esto nos lleva a desarrollar la idea de que el Estado social bien puede aunar y recoger las demandas propias de una sociedad civil que, hoy por hoy, se decanta a pasos agigantados por la recuperación de cierto protagonismo y madurez en la resolución de sus propios conflictos. Y esto va a generar el hecho de que tarde o temprano, el Estado social intervendrá en la modificación de aspectos del entramado social y de las relaciones jurídicas que favorezcan la mejora y adecuación de las respuestas a las demandas del ciudadano<sup>56</sup>.

Ahora bien, ¿es ello viable sin traspasar el límite que nos establecen las garantías constitucionales y del propio Derecho dentro del juego del Estado del Derecho? Pasemos a adentrarnos con más profundidad en la cuestión.

---

<sup>56</sup> Vid. FLECTHER, G. P., (1996), *Las víctimas ante el Jurado*, pág. 208. En esta línea se definen los elementos de garantía, dentro del modelo de justicia anglosajón, en la palabra «fair play» (juego limpio) que refiere la exigencia de un juicio justo y público tanto en los procesos penales y civiles. Vid., RAWLS, J., (1971), *The Theory of Justice*, citado por FLECTHER, G., pág., 209, quien manifiesta que: “Es inherente a los derechos fundamentales y, denota, en sí, un significado mayor que la propia Justicia”. El concepto refiere a la necesidad de liberarse no sólo de los prejuicios contra el acusado, sino también de cualquier prejuicio contra la acusación.

### **3.1. Derecho penal subjetivo y principio de intervención mínima o última ratio.**

Cuestionándonos cuáles pueden ser los criterios o principios inspiradores para la incorporación de la mediación en el sistema penal español, tres son los principios a mencionar. El primero, el principio de subsidiariedad o ultima ratio; el segundo, el principio de respeto a la autonomía del sujeto, derivado del reconocimiento de la dignidad personal y, el tercero, el principio de protección de bienes jurídicos tras la comisión del hecho delictivo<sup>57</sup>. En relación al principio de última ratio, definimos Derecho penal subjetivo como el derecho del Estado a establecer normas penales y a aplicarlas cuando se cumplan los requisitos en ellas prevenidos. Al hablar del Derecho penal subjetivo se cuestiona el fundamento mismo del Derecho penal objetivo porque este no puede desplegar su eficacia sino a condición de que se atribuya al Estado la facultad de establecer normas penales, de exigir la imposición y el cumplimiento de la pena cuando se comprueba la existencia del delito.

El “*ius puniend*” cuenta con tres límites fundamentales: a) la titularidad, b) la vinculación al Derecho penal objetivo, c) la garantía jurisdiccional. Hablar de Derecho penal subjetivo significa referirse a los problemas de legitimidad del

---

<sup>57</sup> PÉREZ, G., (1999), *Reparación y conciliación en el sistema penal: ¿apertura de una nueva vía?*, pág. 406.

poder punitivo o “*ius puniendi*” del Estado<sup>58</sup>. La legitimidad del Derecho penal o del poder punitivo proviene, del modelo fijado en la Constitución y de los Pactos y Tratados internacionales, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, reconocidos por la propia Constitución (art.10.2), respetándolos y garantizándolos en su ejercicio<sup>59</sup>. Nos referimos a los aspectos de legitimación extrínseca. Sin embargo, existe también una legitimación intrínseca del propio instrumento jurídico punitivo representada por una serie de principios específicos que inspiran y limitan su actuación. Todos son igualmente importantes en la configuración de un Derecho penal respetuoso con la dignidad y la libertad humana, meta y límite del Estado social y democrático del Derecho y, por tanto, de todo su ordenamiento jurídico<sup>60</sup>.

El poder punitivo del Estado debe de estar regido y limitado por el principio de intervención mínima. Es decir, el Derecho penal sólo debe y puede intervenir en los casos de ataques a los bienes jurídicos más importantes<sup>61</sup>. Las

---

<sup>58</sup> El Estado español se configura como 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 (art. 1.1º de la C.E). Por ello, el Derecho Penal, como una de las ramas del Derecho que es y, debido a su carácter público, debe adaptarse a este modelo de Estado.

<sup>59</sup> Vid. MUÑOZ CONDE, F.; GARCÍA ARÁN, M., (2015), *Derecho penal, Parte general*. Pág.70, al respecto de Derecho penal y Constitución, entre otros, Vid. BERDUGO, I y otros, en *Curso de Derecho penal, Parte General*, págs. 43-47; Vid. QUINTERO OLIVARES, G. (2002) *Manual de Derecho penal, Parte general*. págs. 97-11.

<sup>60</sup> MUÑOZ CONDE, F.; GARCÍA ARÁN, M., (2015), *Ibidem*, pág.70

perturbaciones más leves del orden jurídico son objeto de otras ramas del Derecho. Sólo puede intervenir ante el fracaso de otros medios de solución del problema, por ello la pena es la «última ratio» de la política social y se define su misión como de protección subsidiaria de bienes jurídicos. Y en la medida en que el Derecho penal sólo protege una parte de los bienes jurídicos e, incluso, no siempre de modo general, sino frecuentemente (como el patrimonio) sólo frente a formas de ataque concretas, se habla también de la naturaleza «fragmentaria» del Derecho penal. De ahí la denominación de subsidiariedad<sup>62</sup> frente a las demás ramas del Ordenamiento jurídico.

---

<sup>61</sup> Corresponde a la responsabilidad penal restablecer la paz social perturbada por el delito mientras que otras disciplinas del Derecho tienen otras finalidades. La defensa de un Derecho penal mínimo no significa la desprotección de los intereses colectivos sino la despenalización de algunos de los bienes tradicionalmente clásicos, puesto que en un Derecho penal mínimo, el fin es el de la «minimización de la reacción violenta frente al delito», lo que supone no ya sólo la exigencia de que las prohibiciones penales sean “reducidas al mínimo” sino que además se emplee el “mínimo sufrimiento necesario para infligir a la minoría de los desviados”. Vid. PORTILLA, G., *La influencia de las Ciencias Sociales en el Derecho penal: La defensa del modelo ideológico neoliberal en las teorías funcionalistas y en el discurso ético de Habermas sobre elección de intereses penales*. págs.118-120. Vid. FERRAJOLI, L., (1986), “El Derecho penal mínimo”, en *Poder y Control*, núm.0. págs. 37 y ss. Este autor considera que “*en el Estado democrático de Derecho, si las normas formales sobre la vigencia se identifican con las reglas de la democracia formal o política, en cuanto disciplinan las formas de las decisiones que aseguran la expresión de la voluntad de la mayoría, las normas sustanciales sobre la validez, al vincular al respeto de los Derechos fundamentales y de los demás principios axiológicos establecidos en ellas, bajo pena de invalidez, la sustancia ( o el significado) de las decisiones mismas, corresponden a las reglas con las que bien se pueden caracterizar la democracia sustancial*”.

<sup>62</sup> La subsidiariedad significa que al Derecho penal le corresponde la tarea de sancionar con las penas más graves los ataques intolerables a los bienes jurídicos más importantes y, en este sentido, puede decirse que el Derecho penal es subsidiario del resto de las normas del

El principio de subsidiariedad o carácter subsidiario del Derecho penal es una manifestación del principio de intervención mínima del Derecho penal y como tal presenta dos manifestaciones, una externa y otra interna<sup>63</sup>. La primera, relaciona al Derecho penal con las restantes instancias del control social, tanto jurídicas como no jurídicas y dispone que el Derecho penal sólo haya de intervenir cuando aquellas otras instancias no consigan los deseados efectos preventivos. La segunda establece un orden de prelación entre las diferentes sanciones penales. No se aplicará una sanción grave si resulta suficiente una leve. El principio de subsidiariedad presenta una vertiente negativa y otra positiva. La positiva significa que el Estado, tiene el deber de prestar ayuda a otras comunidades más pequeñas que forman parte del cuerpo social, así como al individuo; la negativa supone que el Estado tiene el deber

---

ordenamiento jurídico, por cuanto que no entra en juego más que cuando el ataque sea muy grave o cuando el conflicto no pueda ser solucionado con otras medidas menos radicales. *Vid.* MUÑOZ CONDE, F.; GARCÍA ARÁN, M., (2015), *op. cit.*, pág. 72. Estos autores, son de la opinión que la subsidiariedad, accesoriedad o secundariedad no son más que una de las consecuencias que se derivan del principio de intervención mínima. Y este principio no puede entenderse de manera autónoma respecto de los que constituyen garantías constitucionales., *Vid.*, BACIGALUPO, E., *Principios del Derecho penal, Parte General*, pág. 32, citado por VARONA MARTÍNEZ, G., (1998), *La mediación reparatoria como estrategia de control social. Una nueva perspectiva criminológica*, pág. 173. Ello sólo ocurre en las “normas penales en blanco” en los supuestos de hecho de la norma penal se recogen en otras ramas del Derecho a las que la norma penal remite expresamente. Incluso en estos casos el Derecho penal tiene sus propios principios y decide qué parte de esos supuestos incluye en la categoría de delitos. *Vid.*, GARCÍA ARÁN, M., (2004), *Despenalización y privatización: ¿tendencias contrarias?*, págs. 193-195, donde se hace eco de esta problemática.

<sup>63</sup> ALASTUE, M., (2000), *La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales*, págs., 100-105. *Vid.* AGUADO, T., (1999), *El principio de proporcionalidad en Derecho penal*.

de abstenerse de actuar cuando baste la intervención de entes sociales menores o del individuo.

Una de las consecuencias del principio de intervención mínima en lo que se refiere a la gravedad de las consecuencias jurídicas del delito, consiste en que debe ser preferible la sanción más leve a la más grave, si con ello se restablece ya el orden jurídico perturbado por el delito. Las consecuencias de este principio en relación a la gravedad de las consecuencias jurídicas del delito son el principio de humanidad<sup>64</sup> y el principio de proporcionalidad<sup>65</sup>.

---

<sup>64</sup> El principio de humanidad, que se encuentra incardinado con el principio de resocialización y sobre el cuál encuentra su fundamento, supone que el victimario, cualquiera que sea el delito que haya cometido, es una persona que tiene derecho a ser tratada como tal y a reintegrarse en la comunidad como un miembro de pleno Derecho. Esto se refleja en la supresión de determinados tipos penales y en la ejecución de las penas privativas de libertad. Tiene relación directa con el principio de respeto a la autonomía del sujeto, derivado del reconocimiento de la dignidad de la persona. Implica la exigencia de ofrecer auténticas alternativas de acción en el momento de afrontar el tratamiento de las consecuencias lesivas de una conducta definida como delito, decisivas para la consecución de los fines del Derecho penal. Alternativas como la que supone el ejercicio del Derecho a discutir la responsabilidad, o a asumir la responsabilidad en las consecuencias del propio comportamiento. La práctica de esta segunda manifestación de la autodeterminación del sujeto tiene la significación de representar una contribución a la pacificación de las relaciones sociales, y a la ilustración sobre la vigencia y relevancia de la norma jurídico-penal infringida; por ello, debe tener una clara repercusión en la definitiva delimitación de la respuesta penal. *Vid.*, entre otros, SUÁREZ-MIRA, C.; PIÑOL, J. R., (2004), *Manual de Derecho penal, Tomo I, Parte general*, pág. 558; MIR PUIG, S., *Derecho penal, Parte general*, pág.131; QUINTERO OLIVARES, G., *Manual de Derecho penal, Parte general*. págs. 102-104; LARRAURI, E, (1999), “El sistema de penas desde una perspectiva reduccionista: Alternativas a la pena de prisión”, en *Política Criminal*, CGPJ., págs. 127 y 131, quien habla de la necesidad de un sistema razonable de penas ya que “nuestro Código Penal no lo es”; VON HIRSCH, A., *Retribución y prevención como elementos de justificación de la pena*, en *Crítica y Justificación del Derecho penal en el cambio de siglo*. Coord. ARROYO

Y este es precisamente el punto de inflexión que nos permite afirmar que la aplicación de mecanismos restaurativos en el ámbito del ordenamiento jurídico-penal se inspira en el principio de última ratio o de intervención mínima. Pero para ello conviene realizar ciertas reflexiones respecto a este principio.

Una de sus consecuencias es la protección de bienes jurídicos: el concepto de bien jurídico como límite punitivo del Estado<sup>66</sup>. Ejemplo de ello, puede serlo *“la exclusión del ámbito penal de las meras discrepancias ideológicas, políticas o religiosas y las meras inmoralidades sin trascendencia*

---

ZAPATERO, L; NEWMAN, U; NIETO MARTÍN, A. (2003), pág. 125-146, quien bajo su concepción del principio de proporcionalidad hace cuestionable el sistema de prisión como proporcional para una buena parte de delitos y RUTHERFORD, A., (1983) *Prisons and the Process of Justice. The Reductionist Challenge*, citado por LARRAURI, E, op. cit., págs. 130-131, quien afirma que la Política criminal de un Estado debe basarse en afrontar las causas de la delincuencia en atención a indicaciones planteadas por la teorías criminológicas de carácter sociológico, aquellas que insisten en que la delincuencia es debida o bien a razones de carácter estructural o a razones de carácter cultural.

<sup>65</sup> El principio de proporcionalidad parte de un pensamiento de Justicia inherente a todo Derecho, que refleja que las penas deben ser proporcionales a la entidad del delito cometido y que los delitos no pueden ser reprimidos con penas más graves que la propia entidad del daño causado por el delito. Par ello, debe de tenerse en cuenta para determinar la gravedad de la pena que se debe de imponer es la importancia del bien jurídico, como primer fundamento de la intervención del Derecho penal. Por otro lado, la gravedad de la pena depende de la forma en que se ataca el bien jurídico. *Vid.*, MUÑOZ CONDE, F.; GARCÍA ARÁN, M., (2015) *Derecho penal, Parte general*, pág. 84.

<sup>66</sup> *Vid.* MUÑOZ CONDE, F.; GARCÍA ARÁN, M., (2015), op. cit., págs.78-84. *Vid.* BERDUGO, I., y otros, *Curso de Derecho penal, Parte General*, págs.72-74.

*en los Derechos de terceros, por ello, la misión del Estado es garantizar el orden externo y no tutelar moralmente a los ciudadanos<sup>67</sup>”.*

Esta cuestión nos llevaría a una visión que justificaría la vía restaurativa bajo la fundamentación de la despenalización de ciertos tipos penales y la privatización de conductas que hoy por hoy forman parte del Derecho penal. Es decir, la privatización de ciertas áreas del Derecho penal, bajo el argumento del principio de intervención mínima. Sin embargo, entendemos que en aquellos supuestos donde el interés general de persecución por la falta de trascendencia de la conducta a nivel social o su irrelevancia así lo aconseje se proceda a introducir nuevos métodos de regulación de conflictos enfocados a la

a la Justicia Restaurativa, sin derivar las conductas a otras áreas del Derecho, ya que preservaríamos por un lado, el efecto preventivo general del Derecho penal y, por otro, nos acogeríamos a los beneficios resocializadores que genera la Justicia Restaurativa<sup>68</sup>.

La remisión a áreas como el Derecho civil nos hace perder las ventajas que ofrece el proceso penal y el Derecho penal de cara al esclarecimiento de los hechos, detección de responsables y control. ROXIN<sup>69</sup> considera, que si la reparación no estuviera rodeada de ningún elemento penal, ciertamente su

---

<sup>67</sup> Por todos, MUÑOZ CONDE, F.; GARCÍA ARÁN, M., (2015), op. cit., pág. 90.

<sup>68</sup> GALAWAY, B., (1998), *Evaluating Restorative Community Justice Programs*, pág. 84.

<sup>69</sup> ROXIN, C., (1992), *Política criminal y estructura del delito*, pág. 394.



efecto intimidatorio sería menor, pero esto no sucede si se mantienen, junto con la reparación, la amenaza con la pena, la persecución por parte de los órganos de la jurisdicción penal, el proceso penal y el pronunciamiento de culpabilidad, aunque luego la pena no llegue a imponerse<sup>70</sup>.

Al mismo tiempo, debemos de tener en cuenta, el principio de protección de bienes jurídicos tras la comisión del hecho delictivo, que en su dimensión real positiva implica la atención al daño particular y al daño social efectivamente producido, *“la valoración de la nocividad social que se deriva del juicio sobre la gravedad de las consecuencias del hecho no se limita al momento de la consumación del delito, sino que se extiende más allá de éste<sup>71</sup>”*.

Como primera consecuencia deviene el hecho de que la gravedad de la pena ha de corresponderse con la importancia del bien jurídico protegido<sup>72</sup>, de ahí la idea errónea, que los detractores de la Justicia Restaurativa tienen sobre la inviabilidad de aplicar sus técnicas en los delitos graves y que únicamente es

---

<sup>70</sup> ALASTUE, M.C., (2000), *La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales*, págs. 222-223.

<sup>71</sup> REMESAL, J., (1985), *El comportamiento postdelictivo*, pág. 363.

<sup>72</sup> *Vid.*, entre otros, DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., (2003), *El Derecho penal simbólico y los efectos de la pena, crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo*. Coord. L. ARROYO ZAPATERO, U. NEWMAN Y A. NIETO MARTÍN, (2003), págs. 147-172.

susceptible de aplicarse en delitos leves. Esta cuestión quedará contradicha como veremos en el Capítulo VI.

### 3.2. El principio de legalidad versus principio de oportunidad.

El principio de legalidad<sup>73</sup> *“constituye un principio esencial del Derecho penal en cuanto garantía máxima de los ciudadanos y se revela como el principal límite impuesto por las exigencias del Estado del Derecho al ejercicio de la potestad punitiva<sup>74</sup>”* e incluye una serie de garantías para los ciudadanos que genéricamente pueden reconducirse a la imposibilidad de que el Estado intervenga penalmente más allá de lo que la ley permite.

---

<sup>73</sup> Vid. MUÑOZ CONDE, F.; GARCÍA ARÁN, M.; (2015) *Derecho Penal...op. cit.*; Inspirado en la Revolución francesa, tiene un doble significado jurídico y político. Jurídico, Feuerbach le dio la formulación, «nulum crimen, nulla poena sine lege». Significa: 1) imperio de la ley, 2) división de poderes, 3) legalidad en la actuación administrativa, 4) Garantía de Derechos y libertades fundamentales. Con ello se trata de contrarrestar el *ius incertum*, lo incierto e inseguro que dominaba el Derecho penal del antiguo régimen. Se distinguen los siguientes aspectos del principio de legalidad, que se concretan en el Derecho penal español: 1) garantía criminal, que exige que el delito se halle determinado por la ley. 2) garantía penal, requiere que la ley señale la pena correspondiente al hecho. 3) garantía jurisdiccional, que la ejecución de la pena se sujete a una ley que la regule. 4) 4) se expresa la prohibición de retroactividad que castigan nuevos delitos o agravan su punibilidad. 5) se excluye la costumbre como fuente de delitos o penas. 6) Se exige que se determine con precisión las conductas punibles y las penas que puede acarrear mandato de determinación.

<sup>74</sup> CASAL, J.M., (2005), *Derechos humanos, equidad y acceso a la justicia*, pág. 65.

En la Constitución española se consagra el principio de legalidad en su art. 25.1<sup>75</sup> al declarar que nadie puede ser condenado ni sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracciones administrativas según la legislación vigente. Que a su vez se completa con el art. 9.3<sup>76</sup>, que habla de la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas y el art. 81<sup>77</sup> que asegura el rango de ley orgánica para el establecimiento de ciertas penas.

Igualmente, el contenido dogmático del principio de legalidad lo encontramos en el art. 24<sup>78</sup> que refiere a la garantía jurisdiccional donde se

---

<sup>75</sup> Artículo 25.1 de la Constitución Española: *“Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento”*.

<sup>76</sup> Artículo 9.3 de la Constitución Española: *“La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”*.

<sup>77</sup> Artículo 81 de la Constitución Española: 1) *“Son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución. 2) La aprobación, modificación o derogación de las leyes orgánicas exigirá mayoría absoluta del Congreso, en una votación final sobre el conjunto del proyecto”*.

<sup>78</sup> Artículo 24 de la Constitución Española: 1) *“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. 2) 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. La ley regulará los*

recoge en su apartado segundo, *“el derecho a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para asegurar su defensa, a no declarar contra sí mismos y a no confesarse culpable”*. Nos referimos al derecho a la tutela judicial efectiva, que constituye el derecho a la acción en sentido abstracto. El ejercicio de acciones por particulares forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva aunque ello no implica necesariamente un derecho a la apertura y sustanciación del proceso penal, pero sí al derecho a la notificación de la decisión judicial respecto a la pretensión de ser parte<sup>79</sup>.

En el artículo *Artículo 1* de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (Lecrim) se establece que *“no se impondrá pena alguna por consecuencia de actos punibles, cuya represión incumba a la jurisdicción ordinaria, sino de conformidad con las disposiciones del presente Código o de Leyes especiales y en virtud de sentencia dictada por Juez competente”*. Igualmente, viene concretado en los preceptos 100<sup>80</sup>; 105<sup>81</sup> y 271<sup>82</sup> del mismo cuerpo legal. Así,

---

*casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos”*.

<sup>79</sup> VARONA, G. (1998). *La mediación reparadora* como estrategia de control social. Una perspectiva criminológica, pág., 190.

<sup>80</sup> Artículo 100 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: *“De todo delito o falta nace acción penal para el castigo del culpable, y puede nacer también acción civil para la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios causados por el hecho punible”*

<sup>81</sup> Artículo 105 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: 1) *“Los funcionarios del Ministerio Fiscal tendrán la obligación de ejercitar, con arreglo a las disposiciones de la Ley, todas las acciones penales que consideren procedentes, haya o no acusador particular en las causas,*

además el Tribunal Constitucional establece<sup>83</sup> *“el principio de legalidad contiene en primer lugar una garantía material que se corresponde con la predeterminación normativa de las conductas ilícitas y las sanciones correspondientes, es decir, proporciona la necesaria seguridad jurídica sobre cuáles son las conductas incriminadas y las penas que se les asignan. Pero además el principio de legalidad conlleva una garantía formal que hace exigible que las leyes penales sean promulgadas con determinado rango”*.

Respecto al principio de oportunidad, recurrir a la incorporación de técnicas restaurativas dentro del marco jurídico penal supone apelar por su aplicación y vigencia del mismo<sup>84</sup>. Ello supone dotar a la autoridad de la facultad de disponer del ejercicio de la acción en determinadas situaciones, aunque, la negociación conlleva una renuncia parcial al ejercicio de la

---

*menos aquellas que el Código Penal reserva exclusivamente a la querrela privada. 2) En los delitos perseguibles a instancias de la persona agraviada también podrá denunciar el Ministerio Fiscal si aquélla fuere menor de edad, persona con discapacidad necesitada de especial protección o desvalida. La ausencia de denuncia no impedirá la práctica de diligencias a prevención”*.

<sup>82</sup> Artículo 271 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: *“Los funcionarios del Ministerio Fiscal ejercerán también, en forma de querrela, las acciones penales en los casos en que estuvieren obligados con arreglo a lo dispuesto en el artículo 105”*.

<sup>83</sup> SSTC 21 de enero de 1988 y 19 de julio de 1989.

<sup>84</sup> ARMENTA, M. T., (2014), *El principio de oportunidad vs principio de legalidad, ¿una esperanza para la mediación en el derecho procesal?*, pág. 271.

pretensión punitiva<sup>85</sup>. No obstante el principio de legalidad, que cumple función de garantía, no favorece el despliegue de la aplicación restaurativa, cuestión que sí lo hace el principio de oportunidad<sup>86</sup>. En este marco, es preciso partir de la imposibilidad de perseguir todas las infracciones de las normas penales por lo que debe darse un indiscutible proceso de selección, por otra parte indispensable, si se quiere dotar al sistema de administración de justicia de cierta eficacia. Entender el principio de legalidad como medio de persecución absoluta y único defensor de igualdad, constituye, al menos, una visión

---

<sup>85</sup> MANZANARES, J. L., (2002), *Oportunidad y conformidad. Los principios del proceso penal*, pág. 28.

<sup>86</sup> Vid. JORGE, F.; GONZÁLEZ, F., (1995), “La mediación. 1ª experiencia de adultos en España”, en *Revista del Poder Judicial*. N° 39, pág. 3. Vid. LÓPEZ, J., (2002), *El principio de oportunidad*. Ahora bien, entender el principio de legalidad como medio de persecución absoluta y único defensor de la igualdad, constituye, al menos una visión altamente irrealista, dado que manteniendo a ultranza y así entendido el principio de legalidad, la selección es inevitable y la imposibilidad de la persecución igualitaria también, produciéndose, sin duda, diversidad de intensidades en la eficacia del sistema penal. Vid. GIMENO SENDRA, J., (1988), *Los procedimientos penales simplificados*, pág. 50. El principio de oportunidad supone: “la facultad que al titular de la acción asiste, para disponer, bajo determinadas condiciones, de su ejercicio, con independencia de que se haya acreditado la existencia de un hecho punible contra un autor determinado”. El referido principio permite al Fiscal elegir entre accionar o archivar cuando la investigación ha puesto de manifiesto que el acusado ha delinuido con una probabilidad rayada en la certeza. Vid. ARMENTA, M.T. (1996) *El proceso penal: nuevas tendencias, nuevos problemas*, en *Estudios sobre derecho procesal* / coord. por Díez-Picazo, I; Martínez-Simancas, págs. 4609-4646. El Ministerio Fiscal puede archivar la causa seguida por delitos de escasa entidad, por razón de economía procesal, la falta de interés social, la resocialización del acusado o la inutilidad de la pena. Su fundamento lo encontramos en razones de utilidad pública o interés social y surge ante la incapacidad de la Administración de Justicia a la hora de cumplir con sus objetivos y, al igual que la pena, debe entenderse como un mal necesario, utilizable cuando no quepa otra solución del problema.

altamente irreal, dado que aun manteniendo a ultranza el principio de legalidad la selección es inevitable y la imposibilidad de una persecución igualitaria también<sup>87</sup>.

Habitualmente, el principio de oportunidad se plantea como opuesto al de legalidad y como corrector o elemento de flexibilización de éste, de manera que el órgano formalmente encargado del ejercicio de la acción penal puede tener un ámbito de discrecionalidad sobre el mismo<sup>88</sup>. *“Como consecuencia de esta situación, surge una corriente que considera la idoneidad de instaurar el principio de oportunidad bien de forma reglada o con carácter discrecional, aceptando con ello la aparición de figuras tales como la conformidad<sup>89</sup>”* y los procesos restaurativos en el ámbito penal, admitiendo la entrada de los acuerdos reparadores<sup>90</sup>. Y ello, en virtud: 1) a que es indudable que existe un proceso de selección en el examen de los comportamientos delictivos, 2) en el proceso penal actúan de manera diversa una gran variedad de procesos de selección que operan de distintas formas y en diferentes momentos,

---

<sup>87</sup> Vid. ARMENTA, M.T. (1996), “El proceso penal: nuevas tendencias, nuevos problemas”, en *Estudios sobre derecho procesal*, coord. por DÍEZ-PICAZO, I; MARTÍNEZ-SIMANCAS, págs. 4609-4646.

<sup>88</sup> Por todos, SANCHO GARGALLO, I. (1996), *Legalidad, Oportunidad y Transacción en el Procedimiento Abreviado. Los Principios del Proceso Penal*.

<sup>89</sup> Vid. SANCHO GARGALLO, I. (1996), *Ibidem*, pág 86.

<sup>90</sup> Vid. TAMARIT, J., (2012); SEGOVIA, J.L. (2011); SEELMAN, K. (1999); SÁEZ, R.; ORTUÑO P.; RÍOS, J. (2015).

presentándose antes del procedimiento, durante el mismo y no siendo siempre controlables<sup>91</sup>.

Sirva de ejemplo, la previsión<sup>92</sup> que realiza el artículo 201.1 del Código Penal vigente respecto al descubrimiento y revelación de secretos, dándose entrada, por tanto, al principio de oportunidad, “*existiendo un indiscutible proceso de selección*”<sup>93</sup>. Si se le diera una interpretación rígida a este principio no podríamos hablar de un Derecho penal capaz de dar solución a los conflictos sociales, ni la pena sería un instrumento útil como presupuesto legitimador de su aplicación<sup>94</sup>.

---

<sup>91</sup> SAN MARTIN LARRINOA, M., (1997), *La mediación como respuesta a algunos problemas jurídico-criminológicos*, pág. 243.

<sup>92</sup> 1. “*Para proceder por los delitos previstos en este capítulo será necesaria denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Cuando aquélla sea menor de edad, persona con discapacidad necesitada de especial protección o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio fiscal. 2. No será precisa la denuncia exigida en el apartado anterior para proceder por los hechos descritos en el artículo 198 de este Código, ni cuando la comisión del delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas. 3. El perdón del ofendido o de su representante legal, en su caso, extingue la acción penal o la pena impuesta, sin perjuicio de lo dispuesto en el segundo párrafo del número 5º del apartado 1 del artículo 130*”.

<sup>93</sup> SANCHO GARGALLO, I., (1996), *Legalidad...*op. cit, pág., 98.

<sup>94</sup> CONDE-PUMPIDO, C., (1989), *El principio de legalidad y el uso de la oportunidad en el proceso penal*, pág. 17.



El principio de legalidad debe ir cambiando hacia criterios de oportunidad que permitan mejorar el papel de la víctima en el proceso penal<sup>95</sup> y su aplicación sería aconsejable<sup>96</sup> siempre que: 1) Que los hechos punibles no lleven aparejadas penas graves de privación de libertad. 2) El sobreseimiento por razones de oportunidad, debería estar sometido a criterios preestablecidos, que impidan la infracción del principio de igualdad de los ciudadanos ante la ley. 3) Deberían excluirse de dicho sobreseimiento, los reincidentes. 4) La víctima debería ser previamente reparada, renunciando al ejercicio de las acciones. 5) Debería prohibirse expresamente cualquier suerte de negociación, entre las partes, en la individualización o quantum de la pena a imponer. 6) Habría de garantizarse la espontaneidad o libertad de la declaración de voluntad del inculgado y la libertad en la expresión de su consentimiento.

La oportunidad discrecional habría de conjugarse con el principio de proporcionalidad y con el principio de igualdad, pero ello supone una mayor dificultad de control y una mayor maduración jurídica en su ejercicio. Es decir, que el principio de oportunidad introducido legalmente es admisible en el marco constitucional. No obstante, podemos encontrarnos con reparos a su planteamiento<sup>97</sup>:

---

<sup>95</sup> PÉREZ, A., (2001), *La víctima ante el Derecho penal; especial referencia a las vías formales e informales de reparación y conciliación*, pág. 273.

<sup>96</sup> GIMENO SENDRA, J., (1988), *Los procedimientos penales simplificados*, pág. 171.

<sup>97</sup> SANCHO GARGALLO, I. (1996) op. cit. *Legalidad*...pág. 101-104.

1) Por una parte, el derecho del acusado a no declararse culpable y la negación de acceso a la justicia. Al acusado no se le obliga a declararse culpable, es éste quien voluntariamente lo hace asistido de Letrado. Este aspecto coincide plenamente con el planteamiento de los principios restaurativos, que no obliga al acusado a declararse culpable o a confesar su culpabilidad, sino que es él quien con plena capacidad decisional valorando los pros y contras de una u otra opción, decide asumir el entrar en el proceso de mediación. En esta línea la Recomendación N° (99)19 sobre mediación penal dentro del proceso penal del Consejo de Ministros de la Unión Europea, de 15 de septiembre de 1999, en el punto IV.10 y 11, establece que *“antes de aceptar el proceso de mediación, las partes deben ser informadas de sus Derechos, de la naturaleza del proceso de mediación y de las consecuencias de su decisión, ni la víctima ni el victimario deben de ser inducidos bajo presión a aceptar el proceso de mediación”*. Así, se señala también en el Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa. (2006) Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito<sup>98</sup>.

---

<sup>98</sup> Vid. *Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa (2006)*, Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. En su capítulo 5, pág. 61, dedicado a la dinámica de las intervenciones de Justicia Restaurativa se establece: *“Muchos observadores arguyen que, en el sistema de justicia penal convencional, los delincuentes no son tienen que confrontar las consecuencias completas de sus decisiones o de sus acciones. En muchos sistemas, un delincuente puede ser procesado, desde el arresto, la detención, el juicio, y la sentencia acaso hasta el encarcelamiento, sin proferir más que algunas oraciones. Los Principios Básicos (párr. 7) recomiendan que los procesos restaurativos solamente se usen cuando hay razones suficientes para formular cargos contra el delincuente y se cuenta con su consentimiento libre y voluntario, quien podrá retirar tal consentimiento en cualquier momento durante el proceso. Los delincuentes también requieren acceso a asesoría legal y/o información. Para el delincuente, el proceso está lejos de terminar con la celebración de un acuerdo con otras partes.*

2) Por otra parte, nos encontramos con el art. 124 de la Constitución Española citado anteriormente, que consagra que el Ministerio Público tiene por misión la de promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad. En este sentido SANCHO GARGALLO<sup>99</sup> señala que si el principio de oportunidad

---

*El cumplimiento del compromiso que hace como parte en el acuerdo es tal vez aún más importante. Este segundo aspecto debe comprometer a los delincuentes directamente. Es aquí cuando demuestran que han aceptado la responsabilidad de su conducta y están preparados a ser responsabilizarse de manera real y práctica”.*

<sup>99</sup> SANCHO GARGALLO, I. (1996), *Legalidad...* op, cit., págs. 101-104. Conforme a ello piensa el autor que la interpretación de este artículo permite la introducción del principio de oportunidad en nuestro sistema procesal penal. No existe en la CE una norma que signifique que el sistema por el que se rija sea por el principio de legalidad en el sentido de enjuiciamiento absoluto de todos los casos, como contrapunto al principio de oportunidad. Otra cuestión distinta es la referente al principio de legalidad en sentido penal, que indiscutiblemente en un Estado social y democrático de Derecho aparece protegido en la Constitución. Al referirse el texto constitucional a que las funciones del Ministerio Fiscal serán ejercidas con sujeción al principio de legalidad, únicamente pretende limitar la actuación de éste a la existencia de la ley anterior amparadora del ejercicio de su acción penal. Al igual que el juez y la Administración se encuentran sujetos al principio de legalidad, el Ministerio Público tiene el límite de su capacidad acusatoria en el mismo principio, en el de legalidad, pero se trata de legalidad penal, no de legalidad en el sentido de obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal. Y termina diciendo que permitiendo la Constitución Española el principio de oportunidad su incorporación al ordenamiento, su amplitud y límites, no es más que una decisión de orden político en la que deberán sopesarse las ventajas e inconvenientes que la introducción del mismo conlleva. Finalmente, el autor, razona que, no obstante, el Fiscal tiene libertad de acción dentro de determinados límites, sujeto, dentro de ellos, al principio de imparcialidad, de igualdad y al precedente, de tal manera que debe existir siempre una correlación entre las diversas actuaciones para así mantener los indicados principios, resultando justificado el principio en razones de igualdad pues corrige las desigualdades del proceso de selección; en razones de eficacia, dado que permite excluir causas carentes de importancia que impiden que el sistema penal se ocupe de asuntos más graves; y en cuanto a la concepción de la pena, ya que una concepción que vaya más allá de la teoría retribucionista de la misma, permite que el principio

se encuentra normado, entonces la actuación del Ministerio Público estaría conforme a la legalidad. El uso de la discrecionalidad no tiene por qué romper el principio de legalidad<sup>100</sup> cuando es la propia ley quien la autoriza y más aún si al autorizarla se fijan límites<sup>101</sup>.

En este contexto, el argumento habitualmente esgrimido en contra de la mediación penal, de que la misma vulnera el principio de legalidad<sup>102</sup> no es ajustado a la realidad, siempre y cuando la misma se realice bajo el marco de referencia de una legislación que la regule.

---

de oportunidad surja como un instrumento altamente preciso para llevar a cabo su misión. *Vid.* BELLING, E., citado por CONDE-PUMPIDO, C. (1989), *El principio de legalidad y el uso de la oportunidad en el proceso penal*. Al hilo de la cuestión de si la autoridad encargada de la acusación puede o pudiera quedar facultada para omitir la persecución por no considerarla oportuna o conveniente, por ejemplo, por razón de nimiedad de la infracción o por temor al escándalo público o por temor a costos considerables, “*el principio de oportunidad no significa que el Fiscal pueda disponer caprichosamente de su capacidad de acusar o no, sino que la opción viene ordinariamente determinada por razones legalmente preestablecidas y que responden a un criterio axiológico, que las hace prevalecer sobre el eventual castigo del hecho concreto*”. *Vid.* MUÑOZ CONDE, F; GARCÍA ARÁN, M. (2015); BERDUGO, I; ARROYO, L; GARCÍA, N; FERRÉ, J.C.; SERRANO, J.R. (2010).

<sup>100</sup> De hecho, hoy por hoy, el principio de oportunidad es una realidad plena en la legislación penal de menores que permite, conforme al art. 19 de la Ley 5/2000 de Responsabilidad Penal de los menores, la posibilidad de aplicar la conciliación y reparación entre víctima y victimario en cualquier fase del proceso, permitiendo el archivo de la causa a criterio del Ministerio Fiscal.

<sup>101</sup> SANCHO GARGALLO, I. (1996), *Legalidad...* op. cit., págs. 101-104.

<sup>102</sup> *Vid.* QUERALT, J. (2000), *Victimas y garantías: algunos cabos sueltos. A propósito del Proyecto Alternativo de reparación*.

Para concluir, puede y debe mantenerse una conexión con el principio de legalidad a través de la previsión de los supuestos<sup>103</sup> en que se autoriza la aplicación de aquel: 1) El Ministerio Fiscal debe tener posibilidades de abstenerse de acusar en base a ciertas condiciones que vinculen al imputado a una infracción. 2) Deben desarrollarse normas legislativas en orden a la fijación de las condiciones que pueden ser impuestas en la decisión de abstención. 3) El objeto de esas condiciones debe de ser la mejora del comportamiento del infractor y la compensación a la víctima de la infracción. 4) Las condiciones impuestas no deben restringir los derechos del imputado y no deben tener naturaleza punitiva. 5) Las condiciones, que pueden ir asociadas a una abstención deben ser similares a las que pueden ser impuestas en el cuadro de una condena condicional o una suspensión de la condena.

### **3.3. El principio de seguridad jurídica.**

El concepto de seguridad jurídica se basa en la predictibilidad de la conducta de los poderes, entes públicos, los ciudadanos y los entes sociales<sup>104</sup>. Se puede afirmar que la seguridad jurídica constituye la última ratio

---

<sup>103</sup> CONDE PUMPIDO FERREIRO, C., (1989), *El principio de legalidad...*, op. cit. pág. 48.

<sup>104</sup> MATEO DÍAZ, J., (2000), *La seguridad jurídica y la protección de las víctimas*, pág 9.

de todos los derechos reconocidos por el ordenamiento<sup>105</sup>. La discusión sobre las alternativas a la pena privativa de libertad o, posteriormente, sobre las alternativas a la pena y al propio procedimiento penal, pone sobre la mesa de discusión la problemática acerca del riesgo de inseguridad o falta de certeza sobre las consecuencias efectivas que va a tener la infracción de una norma penal, puesto que el juez dispone de un elenco de disposiciones decisorias que conducen a diversas formas de respuesta respecto al hecho delictivo<sup>106</sup>.

Los debates doctrinales y reformas operadas en el Derecho comparado que sustentan la inclusión de la mediación en el ámbito penal como método de Política criminal para obtener la reparación y conciliación autor-víctima se fundamentan en la limitación de la actividad punitiva del Estado, presentando alternativas o sustitutivos a la pena de prisión<sup>107</sup>. Por ello, resulta ineludible en el momento de la reacción penal el reconocimiento de ciertos márgenes para el arbitrio judicial que permitan adecuar la respuesta a las circunstancias del caso concreto. Esto no significa, sin embargo, que las instancias judiciales no estén vinculadas a ciertos criterios que permitan orientar y justificar sus decisiones y, además, las hagan susceptibles de control. La clave, por lo tanto, se encuentra en que el legislador debe determinar con el máximo de claridad y coherencia

---

<sup>105</sup> PÉREZ, G. (1999), *Reparación y conciliación en sistema penal, ¿apertura de una nueva vía?*, pág. 395.

<sup>106</sup> PÉREZ, G. *Ibidem*, pág. 396.

<sup>107</sup> *Vid.* PÉREZ, G.; SÁEZ, R.; ORTUÑO P.; RÍOS, J.

estos criterios, para así poner coto a la arbitrariedad y a la inseguridad y falta de certeza derivadas de ella<sup>108</sup>.

Lo cuestionable no es en sí la existencia de variadas alternativas, sino la claridad en la determinación y delimitación de los criterios de aplicación conforme a la finalidad de cada una de ellas<sup>109</sup>. Por lo tanto, podemos afirmar que la garantía de seguridad jurídica se verá satisfecha en la medida en que el sujeto pueda saber cuál es el límite máximo de sanción que puede aplicarse en su caso en función de la gravedad del hecho cometido.

Por otro lado, las exigencias de seguridad jurídica, de certeza, deben plasmarse en una cierta formalización, en cuanto constancia fehaciente, por escrito, del proceso que conduce a los acuerdos y a la reparación o conciliación como resultado de la vía restaurativa<sup>110</sup>. Por eso es importante, que el contrato o el documento donde se recoja el acuerdo del proceso restaurativo<sup>111</sup> sea aportado al juez y al Ministerio Fiscal, para que puedan

---

<sup>108</sup> PÉREZ, G. (1999), *Reparación...* op. cit., pág. 397.

<sup>109</sup> CASAL, J.M., (2005), *Derechos humanos, equidad y acceso a la justicia*, pág., 67.

<sup>110</sup> PÉREZ, G. (1999), *Reparación y conciliación en sistema penal, ¿apertura de una nueva vía?*, pág. 398.

<sup>111</sup> Según establece el *Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa*. (2006) Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, un *proceso restaurativo* “es cualquier proceso en el que la víctima y el ofensor y, cuando sea adecuado, cualquier otro individuo o miembro de la comunidad afectado por un delito participan en conjunto de manera activa para la resolución de los asuntos derivados del delito, generalmente con la ayuda de un facilitador”. De acuerdo a los

adoptar la decisión sobre los efectos jurídico penales de la regulación alcanzada. Decisión que deberá ser motivada y, por ello, susceptible de control, tal como veremos en el Capítulo VI.

### **3.4. El principio de igualdad.**

El principio de igualdad, que goza de una amplia protección constitucional<sup>112</sup> garantiza, no sólo la igualdad de los ciudadanos ante la ley, sino la igualdad en la aplicación de la ley al caso concreto. La Constitución prohíbe tanto la desigualdad del contenido de la ley, obligando al legislador a fundamentar el diferente trato normativo, como la desigualdad en su aplicación

---

Principios Básicos, “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”.

<sup>112</sup> Artículo 1 de la C.E.: 1) 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. 2) La soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado.

Artículo 9.2 de la C.E.: Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; 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.

Artículo 14 de la C.E.: 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.



por el Juez, obligando a éste a motivar las diferencias cuando aplica la norma. Por ello, la dificultad de este principio, radica en determinar cuáles son los criterios para decidir si las diferencias tomadas en cuenta por el legislador al crear la norma o por el juez al aplicarla, preservan aquel principio por estar justificadas<sup>113</sup>. La conjugación de este principio con el de seguridad jurídica<sup>114</sup> exige la existencia de una jurisprudencia uniforme o, en otras palabras, una interpretación uniforme de la ley que exige igualdad de trato a los ciudadanos ante casos iguales<sup>115</sup>. El principio de igualdad de los ciudadanos ante la Ley determina que sean cuales fueren los órganos jurisdiccionales competentes, se aplique a una misma situación jurídica idénticas soluciones<sup>116</sup>.

Los seguidores de la Justicia Restaurativa no ven este principio como un valor rígido al cual deban de subordinarse otros fines como puede ser la reinserción del infractor o la reparación a la víctima ya que su práctica descansa en el precepto de igualdad de las partes ante la ley. Ello no significa

---

<sup>113</sup> Vid. ARMENTA, M.T. (1996) *El proceso penal: nuevas tendencias, nuevos problemas, en Estudios sobre derecho procesal*; DÍEZ-PICAZO, I; MARTÍNEZ-SIMANCAS, (coord.), págs. 4609-4646.

<sup>114</sup> Artículo 9.3 de la C.E.: La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

<sup>115</sup> MUÑOZ CONDE, F.; GARCÍA ARÁN, M., (2015), *Derecho penal, Parte general*, pág.191.

<sup>116</sup> CORDÓN, F., (1999), *Las garantías constitucionales del proceso penal*. pág. 88.

que las personas sean iguales, sino que los son sus derechos y obligaciones fijados por un marco normativo al que se adhieren en virtud de sujetos de Derecho<sup>117</sup>.

A priori, dos clases de situaciones pueden poner en entredicho el principio de igualdad en el tratamiento de las infracciones penales dentro del marco restaurativo. Primero, los obstáculos ajenos a la voluntad del autor, que dificultan o impiden la reparación, y por ello el eventual tratamiento jurídico penal más benigno. Segundo, la desigualdad en función del distinto tipo e intensidad de las cargas asumidas por el infractor, para casos que, desde la perspectiva de las definiciones jurídico-penales, entrañan una gravedad semejante<sup>118</sup>. Respecto a las primeras, situamos las siguientes circunstancias:

- 1ª) la influencia de la víctima en lo que sea la definitiva respuesta penal.
- 2ª) la posición de desventaja de aquellos que no tienen recursos para poder realizar prestaciones reparadoras.
- 3ª) la dificultad de acceso de ciertos delitos a los programas restaurativos autor-víctima (delitos sin víctima, tentativa de delito).

1ª) En cuanto a la víctima se refiere, se ha cuestionado la influencia de la víctima en el proceso sancionador, según esté dispuesta o no a participar en un proceso de mediación, o en virtud de que dificulte o facilite la consecución

---

<sup>117</sup> PEREZ, G., (1999), op. cit. Reparación y....pág.397.

<sup>118</sup> PÉREZ, G. (1999), *Reparación...* op. cit., .pág. 398. Vid. Espinoza Vásquez, M. (2007), "Principios fundamentales del Derecho penal contemporáneo". *Revista Jurídica Cajamarca*, N° 9, págs., 1-13

de un acuerdo, lo que podría determinar la imposición o evitación de la pena o influir en la medición judicial de la misma. Sin embargo, no puede negarse que la realidad actual del control del delito está condicionada por el comportamiento de la víctima, ya que la mayor parte de los delitos los son a partir de la denuncia del perjudicado y, estos son una pequeña parte de los efectivamente cometidos, con lo que un volumen importante queda en la oscuridad, al margen del control jurídico penal y de la posibilidad de punición<sup>119</sup>.

Sin embargo, la misión del Derecho penal no es coyuntural y a éste no le corresponde la resolución de los conflictos entre víctimas y ofensores, lo que se pretende es una incidencia a largo plazo en la sociedad. Y factor fundamental de esa incidencia es la exigencia de responsabilidad por el hecho en una sociedad democrática<sup>120</sup>. Y, precisamente, dentro del proceso restaurativo, se produce la manifestación de esa responsabilidad que deriva en la reparación del daño causado. Con ello, el paso a un tratamiento desigual del infractor pierde sentido ya que lo esencial no es la resolución del conflicto interpersonal sino la pacificación social entendida como proceso de responsabilidad del infractor.

---

<sup>119</sup> BAZÁN, L., (1996), *Mediación: una transformación en la cultura*, pág. 238.

<sup>120</sup> PEREZ, G., (1999), *Reparación...* op. cit., pág.388. Vid. BOIX REIG, J., (1983), “El principio de legalidad en la Constitución”, en *Repercusiones de la Constitución en el Derecho penal*. Vid. BACIGALUPO, E., (1995), *La rigurosa aplicación de la Ley*.

En resumen, lo que interesa no es el contenido del acuerdo celebrado, sino la acción de reparar o el esfuerzo por llevarlo a cabo, ya que, a diferencia de la reparación estrictamente civil, la reparación penal, engloba cualesquiera otras prestaciones de cualquier signo que las partes entiendan suficientes para llegar al acuerdo, en caso de haberlo. Ya en el caso, por ejemplo, de que la víctima, no quisiera aceptar la entrada en un proceso reparador, existe la posibilidad de buscar otras vías reparadoras para con la sociedad y la comunidad, evitando así la potencial desigualdad que se podría dar entre los procesos donde la víctima accede al acuerdo y los que no.

2ª) En este marco, existe otra objeción relativa al trato desigual del que serían objeto las personas que carecen de recursos económicos para poder reparar el daño, y por tanto, beneficiarse de los efectos de la renuncia, sustitución o atenuación de la pena. Merecen atención las fórmulas ensayadas en Alemania y en Austria<sup>121</sup>, donde existen fondos de compensación por los que se concede a los infractores préstamos a bajo interés, destinados a resarcir los daños a la víctima. Pero, sin duda, la reparación del daño no siempre tiene que consistir en una indemnización económica ya que como veremos en el próximo Capítulo II<sup>122</sup>, hablar de reparación en el ámbito penal, no es lo mismo que hablar de reparación civil.

---

<sup>121</sup> *Vid.* PETERS, T., (1990) ; VAN NESS, D., (1997); STUBBS, J., (2004), ; BRAITHWAITE, J., (2002).

<sup>122</sup> *Vid.* Capítulo II, págs. 151 y ss.

3ª) En cuanto a la exclusión de ciertas categorías delictivas de la posibilidad de realizar un intento restaurativo y de una eventual reparación, pudiendo derivar en un trato desigual en comportamientos de semejante gravedad, tenemos que decir que un proceso restaurativo se atiende a una visión reparadora que admite otras prestaciones de carácter inmaterial a favor del sujeto pasivo del delito. Respecto a los delitos contra bienes jurídicos colectivos, consideramos que las características de la reparación penal permiten, desde una acepción amplia, extender la instrumentalización de técnicas restaurativas a favor de la obtención de una reparación penal, que no tiene porqué referir exclusivamente a una de carácter civil<sup>123</sup>. En último lugar, en relación a la situación factible de que en los diversos procesos restaurativos pueda surgir que las prestaciones a las que las personas se obligan como consecuencia de un proceso de este tipo pueda tener un alcance o intensidad diversos, no significa una vulneración del principio de igualdad, puesto que se parte de que dichas cargas son asumidas voluntariamente por el sujeto. No obstante, el hecho de que sea el juez en última instancia quien valore la relevancia del acuerdo en sus efectos respecto a la pena, permite dejar en sus manos la valoración y graduación del esfuerzo realizado atendiendo a la exigencia general de la proporcionalidad, principio conectado a la exigencia de igualdad.

---

<sup>123</sup> *Vid.* TAMARIT, J., (2007); SEGOVIA, J.L., (2001); SHERMAN, L., (1993); SÁEZ, C.; ORTUÑO P.,(2011) ; SEGOVIA BERNABÉ, JL.; RÍOS, J. (2008).

### 3.5. El principio de proporcionalidad.

El principio de proporcionalidad, al igual que el principio de igualdad, está vinculado al valor de justicia y es expresión de los valores del Estado de Derecho. Formulado negativamente implica la prohibición de exceso y condiciona así, en sentido limitador, la intervención del Estado en el ámbito de los derechos individuales<sup>124</sup>. En el concepto de proporcionalidad en sentido amplio, en cuanto prohibición de exceso, se contiene dos principios materiales: el de necesidad o mínima lesividad y el de proporcionalidad en sentido estricto o de “adecuación al fin”<sup>125</sup>.

El primero, de naturaleza empírica, implicaría la exigencia de seleccionar entre varios medios idóneos aquél menos lesivo para la consecución del objetivo pretendido; el segundo, de carácter normativo, impone una ponderación acerca de “*si el fin perseguido justifica el medio, adecuado, necesario, utilizado*”<sup>126</sup>. Por su parte, la Justicia Restaurativa, en relación a este principio, parte de la invocación del principio de subsidiaridad de la intervención penal, de ultima ratio<sup>127</sup>, que demanda la opción de la respuesta menos lesiva para la satisfacción de las finalidades de prevención de delitos y constituye una

---

<sup>124</sup> ROXIN, C., (1992), *Política criminal y estructura del delito*. pág. 392.

<sup>125</sup> *Vid.*, BERDUGO, I., y otros. (2010) *Curso de Derecho penal, Parte General*, págs. 70-78.

<sup>126</sup> ROXIN, C., (1992) *Ibidem*, pág. 392.

<sup>127</sup> *Vid.* CONDE PUMPIDO, C. (1989) *El principio de legalidad...op. cit.*, pág. 396.

manifestación del principio de proporcionalidad o prohibición de exceso en el ámbito de la selección de la respuesta penal al caso concreto. En este sentido representaría su adecuación a las exigencias del primer aspecto mencionado (el de necesidad o mínima lesividad) del principio de proporcionalidad en sentido amplio<sup>128</sup>. Sobre el segundo aspecto, la vertiente normativa del principio de proporcionalidad exige que el proceso restaurativo, en cuanto asunción voluntaria de la responsabilidad a partir de la comunicación con la víctima, tenga lugar en unas condiciones que no resulten excesivas en relación al fin de protección preventiva de bienes jurídicos y pacificación social que no implique unas cargas que no se justifiquen conforme a la consecución del mencionado fin<sup>129</sup>.

Así visto, la cuestión de que se acepten prestaciones que exceden más allá de lo exigible conforme a la gravedad del hecho, es una cuestión que preocupa y, en consecuencia, deben valorarse dos aspectos a la hora de interpretar el principio de proporcionalidad en este contexto. Por un lado, la existencia de una obligación civil que antes o después habrá de asumir el autor y, por otro lado, la espontaneidad y voluntariedad en la disposición de dialogar con la víctima, sea para excusarse, sea para ofrecerle otro tipo de prestaciones o apoyos.

---

<sup>128</sup> PÉREZ, G. (1999), *Reparación...* op. cit., pág. 393.

<sup>129</sup> HERRERA, M., (1996), *Introducción a la problemática de la conciliación víctima-ofensor. Hacia la paz social por la conciliación*, pág. 113.

En relación con este segundo principio, cabe mencionar que en el programa restaurativo se producirá (como veremos en el Capítulo V) la generación de un espacio de diálogo, donde ambas partes puedan comentar sus diferencias y sus intereses que les llevará a un determinado acuerdo, y que no siempre comprenderán reparaciones económicas sino más vinculadas al aspecto moral, y serán admisibles siempre y cuando el infractor las haya aceptado desde una situación de equilibrio con las víctimas, es decir, desde un plano de igualdad<sup>130</sup>.

### **3.6. La presunción de inocencia.**

Una de las cuestiones que pueda causar contrariedad a la inclusión de las vías restaurativas en el ámbito penal es la posibilidad de que con la aceptación voluntaria de participación en el proceso, se produzca un reconocimiento prematuro de su responsabilidad, infringiendo entonces los derechos<sup>131</sup> propios del investigado o encausado, principalmente el de presunción de inocencia<sup>132</sup>.

---

<sup>130</sup> PÉREZ, G., (1999), *Reparación ...op. cit.*, pág. 394.

<sup>131</sup> Estos derechos se encuentran consagrados en el Artículo 24 de la Constitución Española: 1) *“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.* 2) *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*



Desde nuestro punto de vista, tales opiniones no son acertadas<sup>133</sup>, ya que el hecho de que el victimario esté dispuesto a participar voluntariamente en el proceso, previa información de su derechos y de las consecuencias de la elección de una u otra vía<sup>134</sup>, y, asumiendo la responsabilidad en los hechos, no conlleva el reconocimiento de su culpabilidad en el procedimiento penal.

Cabe mencionar que en la mayor parte de las legislaciones donde se recoge la aplicación de técnicas restaurativas existe el requisito previo del reconocimiento de los hechos por el autor, o por lo menos, una certeza probatoria manifiesta que indica su responsabilidad en los mismos<sup>135</sup>, y la negación de la responsabilidad, generaría de facto la suspensión del proceso

---

*y a la presunción de inocencia. La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos”.*

<sup>132</sup> TAMARIT, J. (1998), *La víctima en el derecho penal: de la victimo-dogmática a una dogmática de la víctima*, pág. 208.

<sup>133</sup> PÉREZ, G., (1999), *Reparación...op. cit. y conciliación en sistema penal, ¿apertura de una nueva vía?*. Pág. 56. *Vid.* Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa. (2006) Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, que en su Párrafo 8 establece: “*la participación no es evidencia de culpa: la participación de un delincuente en un proceso de Justicia Restaurativa no debe usarse como evidencia de admisión de culpa en procedimientos legales subsecuentes*”.

<sup>134</sup> *Vid.*, en este sentido la Recomendación R (99)19 sobre mediación en el ámbito penal y MACKAY, R. E. (2000), *Ethics and good practice in Restorative Justice, Victim-offender mediation in Europe, making Restorative Justice Work*, pág 63.

<sup>135</sup> PÉREZ, G. (1999), *Ibidem*, pág 380.

restaurativo y la remisión del asunto nuevamente a los cauces del procedimiento ordinario.

### 3.7. La Justicia Restaurativa como complemento del Derecho Penal

Después de exponer los principios jurídico penales en donde se ancla el paradigma restaurativo, no puede plantearse su exclusión del sistema penal, ya que no resulta lógico que su aplicación práctica se realice “de espaldas” al Derecho penal. La Justicia Restaurativa, debe de ser complemento<sup>136</sup> del Derecho Penal, fortaleciéndolo en su eficacia, y proporcionándole calidez a los protagonistas del conflicto sin que ello suponga la merma de sus garantías

---

<sup>136</sup> Así, el *Manual...* op. cit.; Vid. AERTSEN, I. (2000). *Victim-Offender Mediation in Belgium, Victim-Offender Mediation*. pág. 46. “Pero cuando los programas de Justicia Restaurativa están desarrollándose en cierto país, uno siente la necesidad de cierta regulación. Esta regulación no necesariamente adopta la forma de una ley formal. La práctica de mediación también está dirigida por decretos, circulares ministeriales y -probablemente el método más común, por normas de buenas prácticas obtenidas por los mediadores y sus organizaciones. Además, la regulación formal de la mediación no es exclusivamente del dominio de la ley penal, los programas de mediación pueden también ser regulados por autoridades administrativas y por gobiernos regionales. Pero ya que la mediación se origina en delitos, no se debe olvidar su relación con las leyes penales y con la justicia penal. Este tipo de mediación -en sentido amplio- es parte del procedimiento penal. Por lo tanto, la mediación víctima-delincuente y otros programas de Justicia Restaurativa deben ser reconocidos (y supervisados) por corporaciones oficiales. Antes, durante y después del proceso de mediación, la protección legal y las garantías deben estar disponibles”. Los programas de Justicia Restaurativa funcionan generalmente, dentro del contexto del sistema de justicia penal, ya que sin el abrigo de este, quedarían degradados y marginados, siendo por ello imprescindible su necesaria legislación.

procesales y sus respectivos derechos. Ejemplo de la consideración de la Justicia Restaurativa como paradigma de justicia penal lo tenemos en el Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito y además de otras normas, estatales, comunitarias o internacionales<sup>137</sup>.

---

<sup>137</sup> Normas referenciales en el ámbito de actuación de la Justicia Restaurativa:

Naciones Unidas:

- Convención, 10 de diciembre de 1984 sobre la lucha contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.
- Declaración de 1985 sobre los principios básicos de justicia para las víctimas del crimen y abuso de poder
- Resoluciones 1984/46 y 1986/10 del Consejo Económico y social sobre alternativas a la prisión.
- Resolución 16º del séptimo Congreso de la ONU de 1985 y reglas mínimas sobre medidas privativas de libertad o reglas de Tokio, aprobadas por resolución 45/110 de 1990 que abarcan la restitución como una medida no privativa de libertad y piden que se considere los intereses de la víctima a la hora de dictar sentencia.
- X Congreso sobre la Prevención del delito y tratamiento de la delincuencia
- Resolución 26/1999 de 28 de julio sobre desarrollo y la implementación de mediación y medidas de Justicia Restaurativa en la justicia criminal.
- Resolución 14/2000 de 27 de julio sobre principios básicos del uso de la Justicia Restaurativa en procesos criminales.
- Informe del Secretario General del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas de 7 de enero de 2002 sobre reforma del sistema de justicia penal; logro de eficacia y equidad: Justicia Restaurativa.
- Comisión de Prevención del Crimen y Justicia Criminal de 18 de abril de 2002 sobre Principios básicos en el uso de programas de Justicia Restaurativa en procesos criminales.
- Resolución 2002/12 adoptada por el Consejo Económico y Social, alentando a los Estados miembros a que se rijan por unos determinados principios básicos a la hora de implementar programas de Justicia Restaurativa.
- Convención, 10 de diciembre de 1984 sobre la lucha contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

Realizada una aproximación a la Justicia Restaurativa, desde sus orígenes, comenzando por las primeras experiencias de programas dedicados a la reconciliación entre víctimas y ofensores nacidos de forma experimental en Canadá y EE.UU, así como un recorrido a través de su conceptualización por distintos autores, desarrollando su contexto y principios teóricos, constatamos que la Justicia Restaurativa aparece como nuevo paradigma de sistema penal imbuida de los mismos principios que al Derecho Penal. La Justicia Restaurativa, no busca sustituir o eliminar las consecuencias del Derecho Penal, busca ser un complemento a la justicia penal dentro del marco

---

- Declaración de 1985 sobre los principios básicos de justicia para las víctimas del crimen y abuso de poder.

#### Unión Europea:

- Resolución (76) 10 de 9 de marzo, sobre medidas alternativas a la pena privativa de libertad.
- Convenio Europeo para la Protección de Derechos humanos y libertades fundamentales, de 4 de noviembre de 1950.
- Recomendación R (83) 20 sobre reacciones sociales frente a la delincuencia juvenil.
- Recomendación R (85) 11 relativa a la posición de la víctima en el marco del proceso penal y el derecho penal.
- Recomendación R (87) sobre simplificación de la Justicia Penal.
- Recomendación R (87) 21 sobre Asistencia a la víctima y prevención de la victimización.
- Recomendación R (99) 19 concerniente a la mediación en materia penal.
- Resolución del Parlamento Europeo sobre “Víctimas de delitos en la Unión Europea-normas y medidas” (COM (1999) 349).
- Decisión Marco del Consejo de Europa relativo al Estatuto Europeo de la víctima en el proceso penal, de 15 de marzo de 2001 (2001/220/JAI).
- Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo 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:

- Artículo 84.1 del Código Penal.
- Artículo 15 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima.

normativo actual, ¿cómo? Para ello debemos abordar el principal fin de la Justicia Restaurativa, la reparación a la víctima.



## **CAPITULO II**

### **EL PAPEL DE LA VÍCTIMA EN LA JUSTICIA RESTAURATIVA: SU PROTAGONISMO**

## 1. Consideraciones en torno a la víctima

La víctima es junto con el victimario o el autor del hecho la protagonista principal del proceso de Justicia Restaurativa. Si desde el Derecho Penal se ha venido conceptualizando al perjudicado como “sujeto pasivo”, en los últimos años estamos asistiendo a una mayor atención desde la justicia penal a favor de las víctimas. Quintero Olivares<sup>138</sup> afirma que “la misma denominación sujeto pasivo tiene un perfume inevitablemente bilateralista e individualista, como si el delito pudiera compararse con un negocio civil o una relación de obligación tributaria. Pero en todo caso, la del sujeto pasivo era y es una estrechísima

---

<sup>138</sup> QUINTERO OLIVARES, G, (2005), *La víctima y el derecho penal, en Estudios de Victimología*, pág. 16



manera de referirse a una potencial persona o personas que pueden llegar a verse atrapadas en el suceso criminal.”

El proceso penal debe ser garantía del encausado que no podrá ser condenado sino como consecuencia del decaimiento del derecho constitucional a la presunción de inocencia, a través de un juicio debido y justo. Garantía además extendida al resto de la comunidad que podrá ver realizado el *ius puniendi* ante la comisión de un hecho ilícito penal.

Pero, junto de lo anterior, el proceso penal debe desplegar sus garantías hacia las personas perjudicadas por el delito que han de verse amparadas y tuteladas en su derechos. Es por ello que de forma mayoritaria la doctrina estima como un fin específico del proceso penal, la tutela o protección a las víctimas de delitos<sup>139</sup>.

Ello significa que, sin restar derechos y garantías a los encausados, es obligado construir los caminos necesarios, en primer lugar para culminar la efectividad del derecho a la reparación de la víctima, de forma que esta pueda ver satisfechos sus derechos y, en segundo lugar, como barrera preventiva de la “victimización secundaria”, ocasionado por el necesario contacto de la víctima con el sistema penal y el desarrollo del proceso<sup>140</sup>.

---

<sup>139</sup> Vid. LANDROVE, G., (1990); ASHWORTH, A., (2003); CHAPPELL-SUTTON, L.P., (1974); CHRISTIE, N., (1984); DE MIGUEL, M., (1992); ELIAS, R., (1985); FATTAH, E. (2000); FERREIRO BAAMONDE, X., (2005); GALAIN, A., (2010); GARCÍA PABLOS, A., (1996); HERRERA MORENO, M., (1996); HOEGEN-BRIENEN, M., (2000).

## 1.1. Delimitación conceptual

No existe un concepto generalizado e indubitado de qué debe entenderse por víctima. La amplitud del concepto va unido al ámbito en el que se utilice. En el ámbito jurídico no siempre el término es utilizado como tal sino que es sustituido con expresiones o palabras no necesariamente intercambiables como sujeto pasivo, ofendido o perjudicado.

No obstante, existen instrumentos jurídicos como los “Principios fundamentales de justicia para las víctimas del delito y del abuso de poder” adoptados en la Resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985 de la Asamblea General de las Naciones Unidas<sup>141</sup>. Partiendo del desarrollo de esta declaración puede realizarse un primer acercamiento a la definición de la víctima entendiendo en todo caso, que lo es “aquella persona que ha sufrido un

---

<sup>140</sup> SANZ, A, (2009), *Víctimas de delitos: derechos, protección y asistencia*, pág. 25.

<sup>141</sup> En esta resolución se detalla que: 1) “Se entenderá por víctimas las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder. 2) Podrá considerarse víctima a una persona, con arreglo a la presente Declaración, independientemente de que se identifique, aprehenda, enjuicie o condene al perpetrador e independientemente de la relación familiar entre perpetrador y la víctima. En la expresión víctima se incluye además, en su caso, a los familiares o personas a cargo que tengan relación inmediata con la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización”.

daño como consecuencia de un ilícito penal”. Siguiendo esta perspectiva, los dos elementos que delimitan el concepto de víctima, son en un primer término, el daño o lesión que podrá ser de naturaleza física, psicológica o material y, en segundo término, el propio sujeto perjudicado, que ha de ser la persona dañada como consecuencia del hecho ilícito.

El recorrido hacia la conceptualización actual, deviene sin duda del desarrollo legislativo que en relación a la víctima se remonta a los años 80, cuando desde el Consejo de Europa y del Comité de Ministros<sup>142</sup> se establece como punto de partida, estructuras normativas en esta materia<sup>143</sup>. Paralelamente a estas, la Asamblea General de Naciones Unidas adoptó en su Resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985, la *Declaración sobre los*

---

<sup>142</sup> *El Convenio Europeo n° 116 del Consejo de Europa, sobre indemnización a las víctimas de delitos violentos de 24 de noviembre de 1983*, refiere a la necesidad de atención a la situación de las víctimas de lesiones corporales o daños en la salud y a la importancia de una elaboración mínima en este ámbito. *La Recomendación del Comité de Ministros a los Estados miembros n° R(85), sobre posición de la víctima en marco del Derecho Penal y el Proceso Penal, de 28 de junio de 1985*, establece recomendaciones a los Estados miembros dirigidas reformar y revisar sus ordenamientos al objeto de que las víctimas sean debidamente informadas sobre aquellos aspectos relacionados con la indemnización, así como para la mejora de la atención en el ámbito policial, en la persecución del delito, en las fases del procedimiento, en la protección de la privacidad y de su seguridad. *La Recomendación R(87) 21, del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre asistencia a las víctimas y prevención de la victimización, de 17 de septiembre de 1987*, recomienda el desarrollo de recursos tanto público como privados de asistencia a las víctimas con el fin de aumentar su protección y minimizar los riesgos de victimización.

<sup>143</sup> SALINERO, A., (2015), *Víctimas de delitos transnacionales: un largo camino inconcluso hacia su reconocimiento*.

*principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder*, ofreciendo por primera vez una definición de víctima<sup>144</sup>. Como antecedente de la Directiva de 2004 sobre indemnización a las víctimas de delitos violentos, se encuentra la *Resolución del Parlamento Europeo sobre indemnización a las víctimas de delitos violentos*, de 12 de septiembre de 1989, que parte de la necesidad del desarrollo de un sistema de indemnizaciones por parte del Estado en cuyo territorio se comete el delito, siendo los gobiernos de estos, los responsables de aplicarlos.

Posteriormente, y en el ámbito del reconocimiento de la víctimas<sup>145</sup>, el Consejo adoptó la *Decisión Marco relativa al Estatuto de la Víctima en el Proceso Penal*<sup>146</sup>, partiendo de un concepto amplio de víctima<sup>147</sup> como paso

---

<sup>144</sup> Entiende por víctimas a “las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder”.

<sup>145</sup> El *Plan de Acción de Viena* del Consejo y de la Comisión, adoptado por el Consejo de 1998, profundiza en el reconocimiento de los derechos de las víctimas, y más tarde, en materia de reparación, la Comisión presentó la *Comunicación sobre víctimas de delitos en la Unión Europea. Normas y medidas*.

<sup>146</sup> *Decisión Marco del Consejo relativa al Estatuto de la Víctima en el Proceso Penal*, DO L 82, de 22 de marzo de 2001.

<sup>147</sup> Se establece en su artículo 1 que víctima es “la persona física que haya sufrido un perjuicio, en especial lesiones físicas o mentales, daños emocionales o un perjuicio económico, directamente causado por un acto u omisión que infrinja la legislación penal de un Estado miembro”

previo al que se denominó como *Libro Verde*<sup>148</sup> sobre indemnización a las víctimas de delitos, siendo su objetivo, la consulta sobre todas las partes interesadas de cómo impulsar en el ámbito europeo, vías para la mejora de aspectos relacionados con la indemnización de víctimas de delitos.

El 16 de octubre de 2002, la Comisión presentó la *Propuesta de Directiva sobre indemnización a las víctimas de delitos*<sup>149</sup>, que fue mejorada y aprobada en el *Informe del Parlamento Europeo sobre la propuesta de Directiva del Consejo sobre indemnización a las víctimas de delitos*<sup>150</sup>.

Se llega así a la *Directiva 2004/80/CE sobre indemnización de las víctimas de delitos*<sup>151</sup>, pero es a raíz de la *Directiva 2012/29/UE del Parlamento*

---

<sup>148</sup> La idea final del Libro Verde sobre indemnización a las víctimas de delitos, de 28 de septiembre de 2001, es la necesidad de elaborar normas mínimas comunes con la finalidad de disminuir el riesgo de consecuencias injustas por las diferencias existentes, paso previo para lograr la armonización.

<sup>149</sup> COM (2002) 562 final, de 16 de octubre de 2002.

<sup>150</sup> *Informe del Parlamento Europeo sobre la propuesta de Directiva del Consejo sobre indemnización a las víctimas de delitos*, A5-0330/2003, de 7 de octubre de 2003.

<sup>151</sup> La *Directiva 2004/80/CE sobre indemnización de las víctimas de delitos*, se encuentra estructurada en tres Capítulos: 1) Sobre el *Primer Capítulo: Acceso a la indemnización en casos transfronterizos*. Reconoce de forma exclusiva en caso de delito doloso violento, el derecho a presentar una solicitud de indemnización en el Estado miembro de residencia, siendo responsable del pago de la indemnización el Estado en cuyo territorio se cometió el delito, en base al principio de territorialidad. 2) El *Segundo Capítulo: Regímenes nacionales de indemnización*, relativo a los regímenes nacionales de indemnización. Exige que todos los Estados miembros establezcan un régimen de indemnización justa y adecuada a víctimas de delitos dolosos violentos en su territorio. 3) El *Tercer Capítulo: Disposiciones de aplicación*,

*Europeo y del Consejo, 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*<sup>152</sup>, que establece para finales de 2015 el límite máximo para que los Estados miembros aprueben las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas para dar cumplimiento a lo establecido en ella<sup>153</sup>.

Debido a ello, se aprobó la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito. Esta Ley supone la transposición no sólo de la Directiva de 2012/29/UE, sino también, de la Directiva 2010/64/UE sobre el derecho a interpretación y traducción en los procesos penales y de la Directiva

---

contiene una serie de disposiciones variadas. Entre otras se permite a los Estados miembros aplicar disposiciones más favorables que las previstas en la Directiva, incluso indemnizar a víctimas de delitos cometidos fuera de su territorio, o a cualquier otra persona afectada por ellos, dejando abierta la posibilidad a una eventual doble indemnización.

Los destinatarios de la misma son los Estados Miembros, que han tenido como fecha límite para su transposición el 1 de enero de 2006. En el caso del Estado español esta transposición se realiza mediante el RD 199/2006 de 17 de febrero, artículos 1, 2 y 3, con los que se incorpora al Derecho Español las disposiciones de esta Directiva, designando como autoridad de asistencia a las Oficinas de Asistencia a las víctimas; y, como autoridad de decisión, al Ministerio de Interior.

<sup>152</sup> La Directiva 2012/29UE, se encuentra estructurada en 32 artículos distribuidos en seis capítulos. En las Disposiciones Generales, en concreto en su artículo se señala como objetivos “garantizar que las víctimas de delitos reciban información, apoyo y protección adecuados y que puedan participar en procesos penales. Para ello, los Estados miembros velarán porque se les reconozca su condición de víctimas y para que sean tratadas de manera respetuosa y sensible, individualizada, profesional y no discriminatoria.

<sup>153</sup> Directiva 2012/29/UE (art. 27).

2012/13/UE sobre el derecho a la información en los procesos penales. Además, el texto va mucho más allá<sup>154</sup>, por cuanto significa la transposición en un único documento del contenido de otras Directivas, como son la 2011/36/UE del Parlamento y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de la víctima, y de la Directiva 2011/93/UE del Parlamento y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y explotación sexual de los menores y la pornografía infantil. Es más, como se establece en la propia Exposición de Motivos<sup>155</sup>, la Ley 4/2015, de 27 de abril se configura como un auténtico Estatuto de la víctima del delito al abarcar el catálogo general de los derechos, procesales y extraprocesales, de todas las víctimas de delitos, al margen de la normativa especial existente en materia de víctimas con especiales necesidades o con especial vulnerabilidad.

En la propia Ley, se conceptualiza el término<sup>156</sup> y queda establecida por vez primera de manera formal en una norma jurídica, la relación entre víctima y

---

<sup>154</sup> SALINERO, A., (2015), *Víctimas de delitos transnacionales: un largo camino inconcluso hacia su reconocimiento*.

<sup>155</sup> “Con este Estatuto, España aglutinará en un solo texto legislativo el catálogo de derechos de la víctima, de un lado transponiendo las Directivas de la Unión Europea en la materia y, de otro, recogiendo la particular demanda de la sociedad española”(…) “el presente texto (...) trata de ser más ambicioso, trasladando al mismo las demandas y necesidades de la sociedad española, en aras a completar el diseño del Estado de Derecho, centrado casi siempre en las garantías procesales y los derechos del imputado, acusado, procesado o condenado”, en *Exposición de Motivos del Proyecto de Ley Orgánica del Estatuto de la Víctima del Delito*, apartado I y II, págs. 2 y 3.

Justicia Restaurativa<sup>157</sup>, en los artículos 3 (Derechos de las víctimas) y 15 (Servicios de Justicia Restaurativa) de la citada Ley, abriendo así la posibilidad a la aplicación del proceso restaurativo en el sistema penal<sup>158</sup>.

---

<sup>156</sup> “Artículo 2. *Ámbito subjetivo. Concepto general de víctima. Las disposiciones de esta Ley serán aplicables:*

*a) Como víctima directa, a toda persona física que haya sufrido un daño o perjuicio sobre su propia persona o patrimonio, en especial lesiones físicas o psíquicas, daños emocionales o perjuicios económicos directamente causados por la comisión de un delito.*

*b) Como víctima indirecta, en los casos de muerte o desaparición de una persona que haya sido causada directamente por un delito, salvo que se tratare de los responsables de los hechos:*

*1º A su cónyuge no separado legalmente o de hecho y a los hijos de la víctima o del cónyuge no separado legalmente o de hecho que en el momento de la muerte o desaparición de la víctima convivieran con ellos; a la persona que hasta el momento de la muerte o desaparición hubiera estado unida a ella por una análoga relación de afectividad y a los hijos de ésta que en el momento de la muerte o desaparición de la víctima convivieran con ella; a sus progenitores y parientes en línea recta o colateral dentro del tercer grado que se encontraren bajo su guarda y a las personas sujetas a su tutela o curatela o que se encontraren bajo su acogimiento familiar.*

*2º En caso de no existir los anteriores, a los demás parientes en línea recta y a sus hermanos, con preferencia, entre ellos, del que ostentara la representación legal de la víctima”.*

<sup>157</sup> “1. *Toda víctima tiene derecho a la protección, información, apoyo, asistencia y atención, así como a la participación activa en el proceso penal y a recibir un trato respetuoso, profesional, individualizado y no discriminatorio desde su primer contacto con las autoridades o funcionarios, durante la actuación de los servicios de asistencia y apoyo a las víctimas y de Justicia Restaurativa, a lo largo de todo el proceso penal y por un período de tiempo adecuado después de su conclusión, con independencia de que se conozca o no la identidad del infractor y del resultado del proceso.* 2. *El ejercicio de estos derechos se regirá por lo dispuesto en la presente Ley y en las disposiciones reglamentarias que la desarrollen, así como por lo dispuesto en la legislación especial y en las normas procesales que resulten de aplicación”.*

<sup>158</sup> Artículo 3. Derechos de las víctimas.

1. *“Toda víctima tiene derecho a la protección, información, apoyo, asistencia y atención, así como a la participación activa en el proceso penal y a recibir un trato respetuoso, profesional,*



Además, el Estatuto de la Víctima, establece que los derechos que integra son de aplicación a todas las víctimas de delitos ocurridos en España o que puedan ser perseguidos en España, con independencia de la nacionalidad de la víctima o de si disfrutaban o no de residencia legal<sup>159</sup>”.

---

*individualizado y no discriminatorio desde su primer contacto con las autoridades o funcionarios, durante la actuación de los servicios de asistencia y apoyo a las víctimas y de Justicia Restaurativa, a lo largo de todo el proceso penal y por un período de tiempo adecuado después de su conclusión, con independencia de que se conozca o no la identidad del infractor y del resultado del proceso”.*

Artículo 15. Servicios de Justicia Restaurativa. 1. “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 infractor haya prestado su consentimiento; d) el procedimiento de mediación no entrañe un riesgo para la seguridad de la víctima, ni exista el peligro de que su desarrollo pueda causar nuevos perjuicios materiales o morales para la víctima; y e) no esté prohibida por la ley para el delito cometido”. 2. “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”. 3. “La víctima y el infractor podrán revocar su consentimiento para participar en el procedimiento de mediación en cualquier momento”.

<sup>159</sup> Artículo 1. “Ámbito. Las disposiciones de esta Ley serán aplicables, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 17, a las víctimas de delitos cometidos en España o que puedan ser perseguidos en España, con independencia de su nacionalidad, de si son mayores o menores de edad o de si disfrutaban o no de residencia legal”.

En el Título I<sup>160</sup>, se reconoce una serie de derechos extraprocesales comunes a todas las víctimas, con independencia de que sean parte en un proceso penal o hayan decidido o no ejercer algún tipo de acción, e incluso con anterioridad a la iniciación del proceso, pudiendo ser acompañada por la persona que considere, sin perjuicio de la actuación letrada, en sus diligencias procesales y trato con las autoridades. En este Título también se regula entre otros, el derecho a obtener información detallada y actualizada del proceso penal.

En el Título II<sup>161</sup>, se ofrece una sistematización de derechos conectados con la participación de la víctima en el proceso penal, entre otros, la notificación de las resoluciones de sobreseimiento y archivo. Además entre otros aspectos se permite a las víctimas a través de ciertos cauces de participación, impugnar ante los Tribunales aquellas resoluciones que afecten al régimen de cumplimiento de condena de delitos de carácter grave<sup>162</sup>, y como adelantamos

---

<sup>160</sup> Título I. *Derechos básicos*. Artículo 4: *Derecho a entender y ser entendida*; Artículo 5: *Derecho a la información desde el primer contacto con las autoridades competentes*. Artículo 6: *Derechos de la víctima como denunciante*; Artículo 7: *Derecho a recibir información sobre la causa penal*; Artículo 8: *Período de reflexión en garantía de los derechos de la víctima*; Artículo 9: *Derecho a la traducción e interpretación*; Artículo 10: *Derecho de acceso a los servicios de asistencia y apoyo*.

<sup>161</sup> Título II. *Participación de la víctima en el proceso penal*. Artículo 11: *Participación activa en el proceso penal*; Artículo 12: *Comunicación y revisión del sobreseimiento de la investigación a instancia de la víctima*; Artículo 13: *Participación de la víctima en la ejecución*; Artículo 14: *Reembolso de gastos*; Artículo 15: *Servicios de justicia restaurativa*; Artículo 16: *Justicia gratuita*; Artículo 17: *Víctimas de delitos cometidos en otros Estados miembros de la Unión Europea*; Artículo 18: *Devolución de bienes*.

anteriormente , se incluye una referencia a la posible actuación de los servicios de justicia restaurativa.

---

<sup>162</sup> “Artículo 13. Participación de la víctima en la ejecución. 1. Las víctimas que hubieran solicitado, conforme a la letra m) del artículo 5.1, que les sean notificadas las resoluciones siguientes, podrán recurrirlas de acuerdo con lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aunque no se hubieran mostrado parte en la causa:

a) El auto por el que el Juez de Vigilancia Penitenciaria autoriza, conforme a lo previsto en el párrafo tercero del artículo 36.2 del Código Penal, la posible clasificación del penado en tercer grado antes de que se extinga la mitad de la condena, cuando la víctima lo fuera de alguno de los siguientes delitos: 1.º Delitos de homicidio; 2.º Delitos de aborto del artículo 144 del Código Penal; 3.º Delitos de lesiones; 4.º Delitos contra la libertad; 5.º Delitos de tortura y contra la integridad moral; 6.º Delitos contra la libertad e indemnidad sexual; 7.º Delitos de robo cometidos con violencia o intimidación; 8.º Delitos de terrorismo; 9.º Delitos de trata de seres humanos.

b) El auto por el que el Juez de Vigilancia Penitenciaria acuerde, conforme a lo previsto en el artículo 78.3 del Código Penal, que los beneficios penitenciarios, los permisos de salida, la clasificación en tercer grado y el cómputo de tiempo para la libertad condicional se refieran al límite de cumplimiento de condena, y no a la suma de las penas impuestas, cuando la víctima lo fuera de alguno de los delitos a que se refiere la letra a) de este apartado o de un delito cometido en el seno de un grupo u organización criminal.

c) El auto por el que se conceda al penado la libertad condicional, cuando se trate de alguno de los delitos a que se refiere el párrafo segundo del artículo 36.2 del Código Penal o de alguno de los delitos a que se refiere la letra a) de este apartado, siempre que se hubiera impuesto una pena de más de cinco años de prisión. La víctima deberá anunciar al Secretario judicial competente su voluntad de recurrir dentro del plazo máximo de cinco días contados a partir del momento en que se hubiera notificado conforme a lo dispuesto en los párrafos segundo y tercero del artículo 7.1, e interponer el recurso dentro del plazo de quince días desde dicha notificación. Para el anuncio de la presentación del recurso no será necesaria la asistencia de abogado”.

En el Título III <sup>163</sup>, se abordan cuestiones relativas a la protección y reconocimiento de las víctimas, poniendo la atención especialmente en la victimización secundaria en particular, de tal forma que pretende que la declaración de la víctima se produzca sin demora tras la denuncia, reducir el número de declaraciones y reconocimientos médicos al mínimo necesario, y garantizar a la víctima su derecho a hacerse acompañar, no ya solo del representante procesal, sino de otra persona de su elección, salvo resolución motivada. Respecto a la adopción de medidas de protección específica, se atiende al carácter de la persona, al delito y sus circunstancias, a la entidad del daño y su gravedad o a la vulnerabilidad de la víctima <sup>164</sup>.

Finalmente, en el Título IV <sup>165</sup>, se recoge una serie de disposiciones comunes, entre otras, las relativas a la organización y funcionamiento de las

---

<sup>163</sup> Título III. *Protección de las víctimas*. Artículo 19. *Derecho de las víctimas a la protección*. Artículo 20. *Derecho a que se evite el contacto entre víctima e infractor*. Artículo 21. *Protección de la víctima durante la investigación penal*. Artículo 22. *Derecho a la protección de la intimidad*. Artículo 23. *Evaluación individual de las víctimas a fin de determinar sus necesidades especiales de protección*. Artículo 24. *Competencia y procedimiento de evaluación*. Artículo 25. *Medidas de protección*. Artículo 26. *Medidas de protección para menores y personas con discapacidad necesitadas de especial protección*.

<sup>164</sup> junto a las remisiones a la vigente normativa especial en la materia, se incluyen aquellas medidas concretas de protección para colectivos que carecen de legislación especial y, particularmente, las de menores de edad víctimas de abuso, explotación o pornografía infantil, víctimas de trata de seres humanos, personas con discapacidad y otros colectivos, como los delitos con pluralidad de afectados y los de efecto catastrófico.

<sup>165</sup> Título IV. *Disposiciones comunes*. Capítulo I, *Oficinas de Asistencia a las Víctimas*: Artículo 27. *Organización de las Oficinas de Asistencia a las Víctimas*; Artículo 28. *Funciones*

Oficinas de Asistencia a las Víctimas de delito, la formación de operadores jurídicos y del personal al servicio de la Administración de Justicia en el trato a las víctimas. En cuanto a las disposiciones finales, destaca la disposición final primera, que modifica la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal. Estos ajustes en la norma procesal penal resultan necesarios para complementar la regulación sustantiva de derechos que se recoge en la presente Ley, que transpone la Directiva 2012/29/UE.

Este importante salto cualitativo normativo, llega sin embargo después de un abandono histórico de la víctima, y que intenta paliar la neutralización dentro

---

de las Oficinas de Asistencia a las Víctimas; Artículo 29. Funciones de apoyo a actuaciones de justicia restaurativa y de solución extraprocesal. Capítulo II, Formación: Artículo 30. Formación en los principios de protección de las víctimas; Artículo 31. Protocolos de actuación. Capítulo III. Cooperación y buenas prácticas: Artículo 32. Cooperación con profesionales y evaluación de la atención a las víctimas; Artículo 33. Cooperación internacional. Artículo 34. Sensibilización. Capítulo IV. Obligación de reembolso; Artículo 35. Obligación de reembolso; Disposición adicional primera. Evaluación periódica del sistema de atención a las víctimas del delito en España; Disposición adicional segunda. Medios; Disposición transitoria única. Aplicación temporal; Disposición derogatoria única. Derogación normativa. Disposición final primera. Modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal a efectos de la transposición de algunas de las disposiciones contenidas en 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.

del sistema penal a la que ha estado sometida desde el ámbito institucional y científico.

## 2. La neutralización de la víctima por parte del Estado

Conforme avanza la sociedad y su estructura organizativa se hace más compleja, *“las instituciones privadas van cediendo paso a la respuesta pública que merece el ilícito penal, de modo que la neutralización de la víctima aparece como corolario lógico de la aparición de la justicia oficial”*<sup>166</sup>. Al intentar evitar el sistema penal, que la víctima responda al delito por sí misma, se proscribió lo que hasta entonces era el modo habitual de reacción contra el delito, intentando prevenir reacciones de venganza en cadena en nombre de la inseguridad, la injusticia o la prevención del delito, y una política criminal emocional y pasional<sup>167</sup>.

Las ofensas y los daños que se consideraban en la “Edad de Oro”<sup>168</sup> como cuestiones inherentes a un conflicto privado pasan a ser consideradas

---

<sup>166</sup> BAAMONDE; X., (2005), *La víctima en el proceso penal*. pág. 15.

<sup>167</sup> GARCÍA PABLOS, A., (1999), *Tratado de Criminología*, págs. 110-111.

<sup>168</sup> BAAMONDE, X. (2005). *La víctima...* op cit. señala que la afirmación de que haya existido una época histórica en la cual la víctima haya sido la protagonista absoluta de la reacción penal, es dudosa. la edad de oro es, tal vez, una construcción de tipo mítico o una recreación histórica basada en determinadas características de ciertos sistemas penales de la antigüedad y de la edad media, que una realidad constatable. existen tres argumentos principales: el protagonismo no perteneció, prácticamente en ningún caso, a la víctima individual, sino a la familia, gens, tribu, estirpe, etc; las posibilidades de las víctimas no se distribuyeron en igualdad de condiciones a

ahora como ofensas contra la comunidad<sup>169</sup>, asumiendo con ello el Estado el ejercicio del *ius puniendi*, que nace como verdadero poder de penar ya sometido a regulación<sup>170</sup>.

Posteriormente y a partir del Siglo XIII, hace su aparición en Europa el proceso inquisitivo, que lleva consigo la figura del acusador público, tras el que poco a poco va desapareciendo la víctima, a la que no se tiene en cuenta para el impulso de la acción penal y se le desplaza a una posición marginal<sup>171</sup>.

La víctima sufre así el comienzo de su proceso de despersonalización, lo que provoca una "objetivización" del ofendido, apareciendo con ello el sujeto pasivo del delito. En consecuencia, el Estado se apropia del conflicto y asume el derecho a castigar, neutralizando a la víctima y obviando su voluntad. La secularización del delito se dirige en términos retributivos: De lo que se trata es

---

través del cuerpo social, sino que las opciones que la víctima tenía a su alcance decrecían conforme bajaba su posición en la escala social o estamental; la generalización de un sistema de represión penal basado prácticamente con exclusividad en la reacción de la víctima no es susceptible de universalización, ya que parece haberse dado con diversa intensidad en las diferentes sociedades. Pág 9.

<sup>169</sup> HERRERA, M., (1996), *La hora de la víctima. compendio de Victimología*, pág. 40

<sup>170</sup> SILVA, J. M., (1992), *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, págs. 189-190

<sup>171</sup> PETERS, T., (1988), *Consideraciones teóricas sobre la Victimología*, pág. 109

de restablecer el orden jurídico, no el orden divino, porque “*la razón divina es reemplazada por la razón de Estado, la ley divina por la ley de los hombres*”<sup>172</sup>.

Como consecuencia de todo ello, la pena pasa a legitimarse respecto de las conductas transgresoras socialmente, entre las que tienen especial trascendencia aquellas que puedan poner en peligro la existencia del Estado.

La neutralización de la víctima y la creación de un Derecho y un proceso penal orientados hacia el autor, motivaron la relegación de aquella en la persecución de los delitos, en aras a la consecución de una política criminal objetiva. El Estado se apropia del conflicto con la intención de hacer disminuir la violencia privada y afirmar la soberanía de la Ley<sup>173</sup>. Además, el proceso penal, se convierte en un instrumento de custodia de los derechos del presunto autor del delito, y al mismo tiempo, la creación de órganos específicos de acusación penal relevan al ofendido de la necesidad de llevar el peso del proceso en la defensa de sus intereses<sup>174</sup>.

---

<sup>172</sup> HORMAZÁBAL, H., (1991), *Bien jurídico y Estado Social y democrático de Derecho*, pág. 14.

<sup>173</sup> BAAMONDE; X., (2005), *La víctima...*, op. cit. pág 23.

<sup>174</sup> COSTA ANDRADE, M., (1980), *La víctima y el problema criminal*, pág. 45. Costa Andrade señala que “hemos heredado del período de afirmación del Estado moderno un proceso penal que había perdido su originario ethos de conflicto y se había convertido en un instrumento privilegiado de control social. Esto es, hemos recibido una estructura procesal que reduce a la víctima a un mero testigo de la lesión de intereses del soberano y a quien se niega la consideración autónoma de sus intereses. Es que la sustitución histórica de la víctima por el Estado tuvo tan sólo como medida la dimensión de los intereses del Estado.”



El proceso penal, por tanto, ha olvidado los derechos y los intereses de la víctima y se muestra, como instrumento de política criminal, ineficiente para poder dar respuesta a estos. Pero, lo que es aún más grave, no sólo el proceso penal no ayuda a la víctima a hacer frente a las consecuencias del delito, sino que el paso por el sistema penal puede colocar a la víctima en una situación más desfavorable que la resultante de la comisión del hecho ilícito.

El propio enjuiciamiento criminal puede ser una gran fuente de perturbación y trastorno para la víctima, que deberá sufrir los efectos de lo que se ha venido a llamar “victimización secundaria”<sup>175</sup>. Esta victimización secundaria se debe por consiguiente a que los sistemas penales se han preocupado de juzgar, sentenciar, encarcelar y rehabilitar a los delincuentes, sin prestar demasiada atención a las víctimas, “*produciéndose una victimización posterior derivada del proceso*”<sup>176</sup>. La víctima es tratada por los agentes del sistema como un recurso más en la persecución de los delitos, como afirma Landrove, “*incluso la intervención estrella de la víctima en el*

---

<sup>175</sup> FATTAH, E., (1991), *Understanding Criminal Victimization*. Señala Fattah en su obra que la victimización secundaria (también denominada segunda victimización) se utiliza para referirse a las experiencias traumáticas de las víctimas del delito en su relación con el sistema penal. Es por tanto, el impacto brusco entre las expectativas generadas por la víctima y la realidad del trato institucional. Así dicho, el daño que experimenta la víctima, no se agota por consiguiente en la lesión o peligro del bien jurídico, sino que en ocasiones, las instituciones que tienen a su cargo la prevención y la represión del delito, aumentan y cronifican el mal producido como consecuencia del delito.

<sup>176</sup> LANDROVE, G., (1988), *La moderna Victimología*, pág., 184.

*proceso, la que se produce como consecuencia a su declaración, está sujeta a serias obligaciones y a muy pocos derechos<sup>177</sup>.*”

Pero este abandono de la víctima va aun más allá, y no se limita al propio proceso<sup>178</sup>. La sociedad ha propiciado el abandono secular de la víctima, por distintos motivos, que se han intentado explicar de muy diversas maneras. La sociedad fija su interés más fácilmente en el delincuente, debido a que este inspira temor, o sentimientos morbosos de curiosidad<sup>179</sup>. Las consecuencias del abandono de la víctima son muy importantes, no sólo desde el ámbito individual, por los daños y perjuicios con los que tiene que cargar las víctimas de delitos, sino también para el propio sistema, por el desencanto que tal situación de abandono produce en las víctimas<sup>180</sup>, lo que conlleva la desconfianza en el sistema penal.

---

<sup>177</sup> LANDROVE, G. *Ibidem*, pág., 190.

<sup>178</sup> HULSMAN, L; BERNAT DE CELIS, J., (1984), *Sistema penal y seguridad ciudadana: hacia una alternativa*, pág. 8

<sup>179</sup> BAAMONDE, X., (2005) *La víctima...*, op cit., pág 24. Señala el autor que “*la historia consagra a famosos criminales por lo llamativo de sus crímenes, mientras las víctimas son rápidamente olvidadas, excepto en casos de magnicidio. La identificación con del delincuente se ve favorecida por mecanismos subconscientes, debido a que este representa al sujeto sin inhibiciones, que no detiene ante las normas o ante la presión social para llevar a cabo sus propósitos*”.

<sup>180</sup> BAAMONDE, X. (2005) *La víctima...* op cit., pág. 24.

Pese a la existencia de todo un aparato policial y judicial, con la función teórica de defenderlo, el ciudadano tiende a sentirse indefenso, percibe a la Administración como un ente que se despreocupa de su situación, y cree incluso que la Justicia trata mejor a su agresor que a ella misma<sup>181</sup>. Si los sujetos perjudicados por el delito no encuentran una respuesta a sus pretensiones en los sistemas de justicia, difícilmente querrán colaborar con él, resultando todavía más complicada su colaboración si perciben que la misma les va a causar perjuicios añadidos<sup>182</sup>.

Este reflejo de tal falta de colaboración será una pérdida progresiva de la eficacia de la justicia penal para responder a la criminalidad y para mantener en la práctica el principio de legalidad, ya que la víctima es una pieza clave en la persecución del delito. Este descontento e insatisfacción, puede llevar a las víctimas de delitos a buscar otros medios alternativos de colmar sus pretensiones de justicia, principalmente a través de la propia venganza privada y otras formas de autodefensa, que precisamente, la asunción por Estado del *ius puniendi* había intentado evitar. Ambas razones, aunque no son las únicas, explican, cuando menos parcialmente, el renovado interés por la víctima del delito últimamente, e indican la importancia que una cabal

---

<sup>181</sup> DE MIGUEL, M., (1992), *La asistencia respecto a las víctimas, coordinadas del departamento de Justicia*, pág 138. De Miguel destaca que “tales afirmaciones pueden sonar a actitudes revanchistas en las víctimas de delitos, pero no dejan de tener cierta apoyatura objetiva si atendemos a los numerosos catálogos de derechos que las leyes penales y procesales reconocen a los imputados, y las pocas menciones que esas legislaciones suelen hacer a los derechos de las víctimas”.

<sup>182</sup> DE MIGUEL, M., *Ibidem*. pág. 138.

satisfacción de los intereses de las víctimas de delitos ha de tener para el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia<sup>183</sup>.

## 2.1. Derecho Penal y neutralización de la víctima

La evolución científica de las Ciencias Penales, y de la Dogmática Penal, al mismo tiempo que han contribuido en gran medida a la consecución de un Derecho Penal respetuoso con los derechos de los individuos, ha propiciado en gran parte la situación de la neutralización de la víctima<sup>184</sup> y, por tanto, la falta de consideración de su posición e intereses, al haberse despreocupado tanto estudiosos como prácticos de la posición de la víctima en el Derecho y el proceso penal. De hecho, y yendo todavía más allá, se puede decir que, en gran parte, el Derecho penal, como garantía de los derechos de los ciudadanos, cumple una función protectora del autor de un hecho delictivo frente a la reacción autónoma de la víctima.<sup>185</sup>

---

<sup>183</sup> BAAMONDE, X. (2005), *La víctima...* op cit., pág. 25.

<sup>184</sup> GARCÍA PABLOS, A. (1993), *La Victimología*, pág. 290.

<sup>185</sup> FERRAJOLI, L., (1996), *Derecho y razón (teoría del garantismo penal)*, pág. 334. Señala Ferrajoli que este es uno de los argumentos que se han barajado desde el garantismo para fundamentar la legitimación actual del Derecho penal. La función preventiva del Derecho penal tendría un carácter doble: “*la prevención general de los delitos y la prevención general de las penas arbitrarias o desproporcionadas. La primera función marca el límite mínimo y la segunda el límite máximo de las penas. Una refleja el interés de la mayoría no desviada; la otra*

El concepto de “bien jurídico penal” ha contribuido, sin duda alguna a la neutralización de la víctima en el sistema penal<sup>186</sup>. La utilización de tal concepto ha tenido gran importancia en la creación de un Derecho penal garantista, pues su consideración impide que se pueda imponer una pena a una persona por la simple quiebra de una norma ética o moral, ya que el requisito de provocar una lesión a un bien jurídicamente protegido implica la existencia de un daño a un derecho o interés que la sociedad ha decidido amparar con el más enérgico de sus medios, el Derecho penal<sup>187</sup>. En este sentido, la teoría del bien jurídico protegido ha procurado legitimar el ejercicio

---

*el interés del reo y de todo aquel del que se sospecha y es acusado como tal*”. Precisamente al monopolizar el empleo de la fuerza, “delimitar sus presupuestos y modalidades, y excluir su ejercicio arbitrario por parte de sujetos no autorizados, la prohibición y la amenaza penales protegen a las posibles partes ofendidas contra los delitos, mientras que el juicio y la imposición de la pena protegen, por paradójico que pueda parecer, a los reos contra las venganzas u otras reacciones más severas”

<sup>186</sup> HERRERA, M., (1996), *La hora de la víctima. Compendio de Victimología*, pág. 89.

<sup>187</sup> HASSEMER, W., (1995), *Derecho Penal Simbólico y protección de Bienes Jurídicos, en Pena y Estado*, pág. 23-36. Como indica Toledo y Ubieto, con la introducción del bien jurídico como objeto de protección de la norma penal, tras las prohibiciones o mandatos normativamente acuñados, “existe la protección de intereses. Y no el reflejo de un orden natural, de donde dimanarían nudos deberes que, por ese origen, han de ser acatados bajo amenaza de que su infracción implicará un castigo”. En correspondencia, concluye este autor, un Derecho penal empleado por el Estado para incidir sobre una realidad previa, de la que extrae los objetos de protección punitiva, comienza a poseer un contenido material y, en ese sentido, significa un límite al poder punitivo estatal. *Vid. TOLEDO Y EUBIETO, E., (1990), Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos*, pág. 43.

del *ius puniendi* por el Estado<sup>188</sup>. Pero, al mismo tiempo, la sustitución del sujeto individual directamente dañado por un concepto abstracto como el de bien jurídico, ha ocultado a tal sujeto bajo esa construcción<sup>189</sup>, provocando la posibilidad de ignorar su situación concreta. El bien encierra las condiciones de vida en común, siendo el Estado quien las fija en cuanto titular del soberanía<sup>190</sup>.

En este sentido, señala Herrera Moreno<sup>191</sup> que “*el bien jurídico no se construye en amparo de la víctima, sino en torno a la defensa de las libertades frente a la ilegitimidad del control jurídico penal.*” La agresión cometida se despersonaliza, para convertirse en un atentado contra determinados valores abstractos, (vida, integridad física, libertad sexual), que el Estado debe proteger<sup>192</sup>.

---

<sup>188</sup> HORMAZÁBAL, H., (1991), *Bien jurídico y Estado Social y democrático de Derecho*, pág. 14.

<sup>189</sup> MADLENER, K., (1989), *La reparación del daño sufrido por la víctima y el Derecho Penal*, pág. 9.

<sup>190</sup> HORMAZÁBAL, H., (1991) *Bien jurídico...* op. cit., pág. 15.

<sup>191</sup> HERRERA, M., (1996), *La hora de...* op. cit., pág. 335.

<sup>192</sup> *Vid.* LANDROVE (1988), *La moderna...*op. cit., pág. 201. “*la dogmática jurídico-penal tradicional opera, por tanto, con un concepto de víctima abstracto, el sujeto que detenta un elenco de valores garantizados jurídicamente y que puede contar con una promesa de actuación garantista estatal, en el caso de que uno de estos valores se vea en crisis debido a una acción típica. Cuando se concreta el injusto penal, la víctima se caracteriza como un sujeto pasivo del delito y titular del bien jurídicamente conculcado*”.

El daño realizado a la víctima, e incluso las propias características personales de ésta son tomadas en cuenta, desde esta perspectiva, únicamente como una medida de la responsabilidad penal del autor, o como un parámetro más a la hora de decidir la imposición o no de una pena y el carácter concreto de la misma<sup>193</sup>.

El Derecho penal, se dedica de este modo, a la protección de aquello que está más allá del daño real provocado a la persona y más próximo a una función de control de los comportamientos, que hacen peligrar la paz jurídica dentro de un sistema concreto de organización social. En general, la teoría del bien jurídico penal se ha adaptado, a lo largo de la evolución del Derecho penal, a la consecución de los fines ideológicos del Estado en cada momento<sup>194</sup>. El conflicto se reduce a la relación Estado-súbdito, lo que en el ámbito procesal se traduce en un interés exclusivo en la persecución estatal contra el investigado<sup>195</sup>.

También, la aparición de las teorías preventivas, ha motivado la salida de la víctima de la perspectiva de las ciencias penales. En cuanto la aplicación de la pena y el propio Derecho penal se dirigen, no a la resolución del problema

---

<sup>193</sup> HASSEMER, W., (1984), *Fundamentos del Derecho Penal*, trad. por MUÑOZ CONDE, F.; ARROYO ZAPATERO, pág., 89.

<sup>194</sup> HORMAZÁBAL, H. (1991), *Bien jurídico...op. cit.*, pág. 154.

<sup>195</sup> MAIER, J. (1991), *La Víctima y el sistema penal*, pág. 32.

concreto creado con la comisión del delito, sino a la evitación futura de nuevos ilícitos, ya sea a través de la conminación general por medio de la pena abstracta, o del castigo o reforma del delincuente concreto a través de las funciones ya represoras, ya reeducadoras de la pena efectivamente impuesta, la víctima concreta e individual no es tenida en cuenta por el Derecho penal<sup>196</sup>.

El fin de la pena, como señala BECCARIA<sup>197</sup>, “no es otro que impedir al reo causar nuevos daños a sus ciudadanos y retraer a los demás de la comisión de otros iguales”. En este sentido, también las teorías de prevención general positiva<sup>198</sup>, al suponer una afirmación de la vigencia de la norma, implican la aceptación de la validez incuestionable del Derecho, independientemente de la función que este tenga en el caso concreto de

---

<sup>196</sup> BAAMONDE, X. (2005), *La víctima...* op cit., 29.

<sup>197</sup> BECCARIA, C. *De los delitos y las penas*, pág. 60.

<sup>198</sup> GARCÍA CAVERO, P. (2012), *La función de la pena*, pág., 4. Como afirma García Cavero, “La formulación original de la prevención general positiva se mantiene en la lógica de la motivación de los ciudadanos, pero cambia en el mecanismo de su realización. No es la intimidación a través de la amenaza penal la forma de motivar a los ciudadanos a no lesionar bienes jurídicos, sino el fortalecimiento que produce la pena en la convicción de la población sobre la intangibilidad de los bienes jurídicos . Desde esta lógica, la tarea del Derecho penal consistirá en la protección de bienes jurídicos a través de la protección de valores ético-sociales elementales de acción, confirmando la pena al Derecho como orden ético. Por ello, se agrega, esta visión de la pena superaría el peligro de un terror penal latente en una visión preventivo-general negativa, pues solamente la pena justa sería la necesaria para confirmar los valores éticos del Derecho”.



protección del individuo<sup>199</sup>. El eje de los sistemas prevencionistas no es tanto el daño causado, sino la evitación del delito o la reincidencia<sup>200</sup>. Es posible reinterpretar la abstracción jurídica que supone la protección de los bienes jurídicos supraindividuales de un modo beneficioso para la víctima<sup>201</sup>. Una perspectiva del Derecho penal que defienda de modo exclusivo los intereses de las estructuras socioeconómicas, los intereses del Estado por sí mismo, no puede ser mantenida en el Estado Social y Democrático de Derecho<sup>202</sup>. La protección de bienes jurídicos no puede implicar la defensa del sistema socioeconómico como objetivo autónomo, especialmente cuando esto significa inmovilismo social, sino que debe estar orientado a la protección de los individuos, y al libre desarrollo de su personalidad, dentro de una dimensión social<sup>203</sup>.

---

<sup>199</sup> HORMAZÁBAL, H., (1991), *Bien jurídico...*op. cit., pág. 104.

<sup>200</sup> BONET ESTEVA, M., (1999), *La víctima del delito*, pág. 120. Señala Bonet Esteva citando a Hassemer, que la aparición de las teorías preventivas puede ser considerada como el segundo gran momento neutralizador de la víctima, tras la asunción del ius puniendi por el Estado.

<sup>201</sup> HERRERA, M. (1996), *La hora de...*op. cit, pág. 71.

<sup>202</sup> BAAMONDE, X. (2005), *La víctima...* op cit., pág. 31.

<sup>203</sup> MAIER, J. (1991), *La Víctima...*op. cit., pág. 35.

### 3. El resurgimiento de la víctima del delito.

La situación de total despreocupación teórica y práctica por la víctima sufrió un giro radical a mediados del siglo XX en el que, a partir de la aportación de VON HENTIG<sup>204</sup> y MENDELSON<sup>205</sup>, numerosos investigadores, bajo diferentes perspectivas, vuelven su vista a la parte olvidada de la relación delictiva, la víctima del delito. Se produce lo que podría llamarse una “evolución dialéctica”<sup>206</sup> en el papel de la víctima en el campo del Derecho y del proceso penal. Pero no sólo en el campo de las ciencias penales renace el espíritu victimológico. Como ha señalado COSTA ANDRADE, “el pensamiento victimal se hace transversal a nuestra sociedad”<sup>207</sup>.

Las causas del giro habido en la actitud social, investigadora y legislativa hacia las víctimas son muchas y dispares<sup>208</sup>. No se puede hablar de un motivo único o de un grupo homogéneo de motivos. Han intervenido en este

---

<sup>204</sup> Vid. VON HENTIG, H., (1972), *El delito I y II. El delincuente bajo la influencia del mundo circundante*.

<sup>205</sup> Vid. MENDELSON, B. (1956), *Victimología*.

<sup>206</sup> ESER, A., (1998), *La víctima en el proceso penal. Tendencias internacionales desde el punto de vista alemán*, pág. 134.

<sup>207</sup> COSTA ANDRADE, M., (1980), *La víctima y...op. cit.*, pág.13.

<sup>208</sup> GARCÍA PABLOS, A. (1993), *La Victimología*, pág. 111.

redescubrimiento de la víctima un número diverso de influencias ideológicas, políticas, sociales, científicas, etc. Tales causas, responden, además, a una serie de principios de carácter variado, y a menudo enfrentado, que coinciden únicamente en que han venido a poner el acento en la figura del víctima del delito.

El hecho de que exista un bagaje causal tan heterogéneo traerá como consecuencia la falta de unidad del movimiento victimológico, donde se entrecruzan objetivos, metodologías y presupuestos ideológicos encontrados que dificultan, al mismo tiempo que se hable del redescubrimiento de la víctima, que pueda ser caracterizado realmente como una verdadera tendencia o corriente de pensamiento única<sup>209</sup>.

Las razones de este renacer pueden ser categorizadas en tres bloques: 1) factores ideológicos, 2) factores académicos y científicos, y 3) factores político criminales<sup>210</sup>.

#### 1) Factores ideológicos

En el primer bloque de factores, aquellos que se refieren al aspecto ideológico que ha alimentado el redescubrimiento de la víctima, es, quizá, donde se puede comprobar con mayor claridad el carácter híbrido del

---

<sup>209</sup> BAAMONDE; X., (2005), *La víctima...* op cit, pág. 31.

<sup>210</sup> GARCÍA PABLOS, (1993), *La Victimología*, op. cit., pág. 112.

fenómeno. Las inspiraciones que han alumbrado la vuelta al escenario de la víctima del delito proceden de las más diversas tendencias, conviviendo líneas de pensamiento enfrentadas, desde las neoliberales, que han descubierto a la víctima a través de la huida del Estado, a los marxistas, que han encontrado a sujeto pasivo del delito al analizar la marginación a la cual el sistema penal somete a las víctimas de determinados delitos, funcionales para el sistema económico<sup>211</sup>.

Una de las orientaciones victimológicas que han protagonizado este renacer es de clara inspiración neoliberal<sup>212</sup>. Según esta corriente de pensamiento la víctima se descubre como una solución para aliviar las cargas del Estado. La filosofía de la autorresponsabilidad, de origen claramente anglosajón, propicia la búsqueda de soluciones al delito basadas en la actuación particular del perjudicado. En muchos casos, la persecución penal responde no a un interés estatal, sino a un interés puramente privado<sup>213</sup>, y como consecuencia de ello, las filosofías neoliberales consideran que no es el Estado quien ha de soportar el gasto de la persecución penal, sino que se intenta remitir a la víctima a cauces privados de solución del conflicto.

---

<sup>211</sup> BAAMONDE, X., (2005), *La víctima...* op. cit., pág 33.

<sup>212</sup> BONET ESTEVA, M, (1999), *La víctima del delito*, pág. 67.

<sup>213</sup> COSTA ANDRADE, M. (1980), *La víctima...* op.cit., pág.15

En la otra cara de la moneda, también se considera<sup>214</sup> que las víctimas no deberían consentir el entrometimiento del Estado en un asunto que les concierne, la solución del conflicto. Tales planteamientos han motivado por parte de esta visión un acercamiento a la figura de la víctima, en la vía de una mayor privatización del proceso penal.

También desde sectores conservadores se ha centrado la atención en la víctima del delito, utilizándola muchas veces como un símbolo de la llamada lucha contra el crimen. En tal sentido, la víctima no importa tanto en su individualidad, o no preocupa en su problemática concreta. Se utiliza la protección a las víctimas en aras de una política de Ley y Orden<sup>215</sup>, que tiene como objetivo un endurecimiento de las penas, y una restricción en las garantías del Derecho y proceso penales<sup>216</sup>. La víctima, es utilizada como

---

<sup>214</sup> Vid. ZEHR, H., (1990), *changing lenses: a new focus for crime and justice*.

<sup>215</sup> ARAUJO, M., (2010), *Los grandes movimientos actuales de política criminal*, pág. 212. Señala Araujo que El movimiento de Ley y Orden concibe una política criminal en la que: a) La pena se justifica como un castigo y una retribución en el viejo sentido, no debiéndose confundir esta expresión con lo que hoy denominamos retribución jurídica. b) Los llamados crímenes graves han de castigarse con penas severas y duraderas (muerte y privación de libertad de larga duración). c) Las penas privativas de libertad impuestas por crímenes violentos han de cumplirse en establecimientos penitenciarios de máxima seguridad, sometiéndose al condenado a un excepcional régimen de severidad distinto al de los demás condenados d) El ámbito de prisión provisional ha de ampliarse de forma que suponga una inmediata respuesta al delito. e) Ha de haber una disminución de los poderes individuales del juez y un menor control judicial en la ejecución que quedará a cargo, casi exclusivamente, de las autoridades penitenciarias.

<sup>216</sup> BRAITHWAITE, J., (1989), *Crime, Shame and Reintegration*, pág. 45.

instrumento de control social, jugando lamentablemente un papel simbólico esencial, ya que es desde el punto de vista político, electoralmente más rentable central el interés en la asistencia a la víctima y no en la preocupación por el delincuente<sup>217</sup>, aunque la verdadera atención a sus necesidades concretas pocas veces se ve reconocida desde estos planteamientos.

En el otro extremo del arco ideológico, los sectores sociales también han solicitado el acercamiento del sistema a la víctima. En primer lugar, por la constatación de los criminólogos de izquierda y de la Criminología crítica de que los grupos de la comunidad más victimizados eran precisamente los más desfavorecidos económicamente, en contra de los que podría hacer suponer

---

<sup>217</sup> MAZA, J.M., (2007), *Algunas consideraciones criminológicas, de interés judicial, sobre las víctimas del delito*, pág. 157. Señala Maza que los ejemplos de este tipo de políticas no se pueden reducir a formaciones de tendencia conservadora. La inclusión de las víctimas en los programas electorales ha sido muy rentable en los EE.UU., siendo utilizada tanto por el Partido Republicano como por el Demócrata. La preocupación por la guerra contra el delito y la consiguiente utilización simbólica de las víctimas comenzó en la campaña presidencial de 1964 entre Barry Goldwater, candidato republicano que hizo del problema de la seguridad ciudadana uno de los centros de su campaña, y quien sería posteriormente elegido presidente, el demócrata Lyndon B. Johnson, quien optó por compartir tal preocupación. Así, surgió la realización del National Crime Survey en 1966, y prosiguió en 1968 centrando la campaña electoral en duras políticas de Ley y Orden, aumentando en 1969 la dotación de fondos. El recurso a la lucha contra el delito ha sido una constante en el enfrentamiento electoral desde entonces, como se puede constatar en la famosa política de “tolerancia cero” del alcalde republicano de Nueva York, Rudolph Giuliani. Se puede pensar que Europa ha sido ajena a este fenómeno, sin embargo, ello se ve desmentido al comprobar, por ejemplo, como uno de los puntos fundamentales de la campaña electoral que apuraría al poder al SPD, de Schröder en la República Federal Alemana fue precisamente la lucha contra el crimen y la mejora de la situación de las víctimas de delitos.

una aproximación irreflexiva. Ello trajo un nuevo interés de los científicos de la órbita marxista por la víctima y por la solución de sus problemas reales, sin pretender un mayor carácter represivo para el sistema penal<sup>218</sup>. Por otro lado, los movimientos sociales, fundamentalmente el feminismo, han ayudado a tomar conciencia de la especial debilidad de algunas víctimas frente a determinados delitos, como los sexuales o los de violencia de género, y el subsiguiente desamparo al que se ven sometidas por parte de los órganos de persecución penal, debido al patrón patriarcal que ha inspirado históricamente el funcionamiento de las sociedades occidentales<sup>219</sup>.

El movimiento feminista ha sabido desenmascarar las estructuras clásicas de dominación del hombre sobre la mujer y su traslado al sistema penal<sup>220</sup>. En consecuencia, como parte de su programa ha procurado que la justicia criminal

---

<sup>218</sup> Tal renovado interés puede ser, sobre todo, constatado en los llamados “realistas de izquierda”, en el Reino Unido. *Vid.* WALKLATE, S. (1989), *Victimology.*, pág 49.

<sup>219</sup> *Vid.* NEUMAN, (1994), *Victimología. El rol de la víctima en los delitos convencionales y no convencionales*, pág. 68. NEUMAN pone de manifiesto la vinculación entre las estructuras clásicas de dominación hombre-mujer y la victimización de las mujeres. La actividad del feminismo en cuanto a las víctimas de delitos ha tenido una doble orientación: por un lado, la realización de investigaciones teóricas que han intentado explicar los concretos aspectos de la victimización femenina; por otro lado, la práctica asistencial, que ha tenido su exposición más genuina en los *rape crisis center*, en los EE.UU., nacidos como reacción al sistema patriarcal imperante, y con un gran componente revolucionario en su origen.

<sup>220</sup> *Vid.* COSTA ANDRADE, M. (1980) *La víctima...*op. cit., pág.64. Destaca COSTA ANDRADE que “el feminismo, supo denunciar el carácter intrínsecamente violento de una cultura que socializa tanto a hombre como a mujer en los papeles de autor y víctima de la violencia”.

tome en serio las agresiones delictivas específicamente dirigidas a la mujer y que se satisfagan sus necesidades asistenciales<sup>221</sup>.

Tras la estela del feminismo han sido muchos los movimientos sociales que han pretendido la atención a las víctimas de delitos particulares, inmigrantes, niños maltratados, homosexuales, ecologistas, etc. En general, este tipo de movimientos sociales se ha rebelado contra una visión de la víctima amparada en los patrones del Estado liberal, cuyo Derecho penal respondería a los intereses de la clase dominante para solicitar un Derecho penal que protegiese al indefenso frente al poderoso<sup>222</sup>.

Un elemento importante también a destacar es la crisis que ha sufrido el paradigma rehabilitador como legitimación del Derecho penal. Se alude, por un lado, al fracaso práctico de la teoría rehabilitadora para reducir la delincuencia, una vez que su aplicación no ha logrado menguar exitosamente los índices de reincidencia. Por otro lado, tal crisis se fundamenta también en la discutible legitimidad del Estado para imponer ciertos códigos de valores a las personas

---

<sup>221</sup> GLENN, L. (1994), *Victims' rights*, pág. 16. Tal como señala Glenn, muchas de las raíces del movimiento victimológico surgieron en el feminismo. Para las activistas feministas, la violación fue un símbolo de la dominación masculina y de la opresión de la mujer. Establecieron el primer centro de crisis para víctimas de violación en Berkeley, California, en 1972. Las líneas telefónicas para "crisis de violación" fueron establecidas ese mismo año en Washington. Otros centros se abrieron en Ann Arbor, Boston, Philadelphia y Hartford. Se dotaron con voluntarias que veían el modo en que la Policía, Fiscales y trabajadores de salud mental trataban a las víctimas de violación como "revictimización" o también conocida como victimización secundaria.

<sup>222</sup> BAAMONDE, X. (2005) *La víctima...* op. cit., pág. 35.



sometidas a sanciones penales, en tanto que la resocialización debería producirse de acuerdo con los paradigmas sociales dominantes, penando, en realidad, la disidencia respecto de tales valores<sup>223</sup>.

Como respuesta a esta crisis, la víctima interviene de dos modos diferentes<sup>224</sup>. En primer lugar, sentado que el actual sistema de penas no la logrado llevar a cabo sus objetivos rehabilitadores, lo cual es especialmente patente en cuanto a penas privativas de libertad, se busca en la víctima un elemento rehabilitador, en cuanto a su acercamiento al ofensor y la interacción entre ambos contribuya a la toma de conciencia de éste respecto del daño sufrido, y a la responsabilidad sobre las consecuencias de su acción. El segundo modo de intervención de la víctima es la sustitución del paradigma rehabilitador como fundamentación de la pena y del Derecho penal, para dar paso a la víctima como elemento legitimador<sup>225</sup>.

En general se acude a la víctima ante el fracaso de la cárcel y de la justicia formal como una vía intermedia entre la abdicación de todo derecho

---

<sup>223</sup> GARCÍA PABLOS, A., (1993), *La Victimología*, pág. 120.

<sup>224</sup> SEBBA, L. (1986) *Victims of offences, Criminal law in action*, pág 377.

<sup>225</sup> ZAFFARONI, E. (1989) *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal*. Pág. 45.

represor y el mantenimiento de formas de actuación que se han demostrado inadecuadas para la disminución de la delincuencia<sup>226</sup>.

## 2) Factores científicos

El interés por la víctima se ha visto incentivado también por diversos avances realizados en el campo de las ciencias sociales, fundamentalmente en el campo de la Criminología<sup>227</sup>. En el campo de la investigación criminológica, la víctima se ha situado en el eje de la preocupación como resultado de las llamadas encuestas de victimización<sup>228</sup> que se comienzan a realizar en Estados Unidos a mediados de la década de 1960, para extenderse su confección más tarde a Canadá, Australia, Holanda, y al Reino Unido, siendo hoy su elaboración de carácter general, dentro de lo que se refiere a los países occidentales. Tales encuestas de victimización han sido muy útiles en el estudio de la Criminología, ya que han permitido el acceso a numerosos datos que las fuentes oficiales no podían proporcionar, como los verdaderos índices de victimización, los ámbitos de cifra negra<sup>229</sup>, las actitudes ciudadanas hacia

---

<sup>226</sup> HERRERA, M., (1996), *Introducción a la problemática de la conciliación víctima-ofensor. Hacia la paz social por la conciliación*, pág. 380.

<sup>227</sup> GARCÍA PABLOS, A. (1993), *La Victimología.*, pág. 130.

<sup>228</sup> Vid. FATTAH, E.; ROCK, P. Las encuestas de victimización se han convertido en un instrumento habitual de la medición de la criminalidad, provocando una gran explosión de información que ha revolucionado a la Criminología, dado que han revelado que el delito es más perturbador de lo que se suponía.

la Administración de Justicia Penal, los motivos que incitan a las víctimas a acudir al sistema criminal, etc. También han permitido extraer determinadas conclusiones sobre el fenómeno delictivo que anteriormente eran ignoradas, o de las que se solo se podía especular sin tener datos empíricos a los que aferrarse<sup>230</sup>. En concreto pueden citarse, la gran extensión de la cifra negra; que los motivos que llevan a las víctimas a denunciar difieren en gran medida de la finalidad teórica del sistema; que el estilo de vida es el factor más relevante a la hora de determinar el riesgo de ser víctima de un delito; que las

---

<sup>229</sup> FATTAH, E., (1991), *Understanding Criminal Victimization*, pág., 123. Señala el autor que La “cifra negra” o “cifra oscura”, es un término que se utiliza por los científicos sociales en la investigación de la criminalidad para ilustrar el número de delitos cometidos, que nunca se denuncian o que nunca se descubren y que por tanto ponen en duda la eficacia y eficiencia los datos de las estadísticas oficiales de la criminalidad. Esta cifra negra se obtiene a través de dos técnicas de investigación: los estudios de delincuencia oculta, también denominados estudios de “delincuencia autorrelatada” y las encuestas de victimización. Sus resultados han revelado que un alto número de delitos no se denuncian y han aportado luz acerca de las razones por las cuales muchas víctimas no acuden a la policía: relación entre la víctima la percepción de que la policía no es capaz de resolver el delito; imposibilidad de recuperar lo perdido o dañado por el hecho ilícito; vergüenza al relatar los hechos sufridos, sobre todo si se trata de delitos sexuales; temor a las represalias por parte de sus ofensores, etc.

<sup>230</sup> Vid. BUSTOS, J.; LARRAURI, E., (1993), *Victimología, Presente y Futuro*. La importancia de las encuestas de victimización ha sido ampliamente difundido, pero también sus deméritos son conocidos. Las críticas a las que generalmente se ha visto expuesto el modo concreto de llevar a cabo las encuestas de victimización se puede resumir en que son incapaces de recoger los delitos de “cuello blanco”, que la mayoría de la veces ni siquiera se pregunta por ellos, o las víctimas son incapaces de detectarlos; olvidan a las víctimas más vulnerables, pues acostumbra a no preguntarse a estos colectivos, como niños, ancianos o presos, y también a las victimizaciones múltiples cuando son de poca gravedad individual, pero mucha gravedad acumulada. Acostumbran a concentrarse en las actividades realizadas en la vía pública, olvidando el delito en el hogar, que afecta particularmente a niños y mujeres; ni siquiera existe acuerdo sobre los aspectos metodológicos como el nivel de memoria de los entrevistados, etc.

víctimas pertenecen habitualmente a determinados sectores de la población y a determinadas áreas geográficas, y que hay mucha mayor afinidad entre ofensores y víctimas de lo que generalmente se cree<sup>231</sup>; que en la mayoría de los delitos existe una relación previa entre víctima y ofensor; que la percepción subjetiva de inseguridad no está relacionada con las posibilidades objetivas de ser víctima de un delito.

La revolución que supuso para las ciencias criminológicas la aparición de tal instrumento para la consecución de datos empíricos motiva que no sea extraño que los investigadores se hayan ocupado de la fuente principal de conocimiento del mismo: la víctima.

### 3) Factores político-criminales

El tercer grupo de razones tiene un marcado carácter político-criminal, en cuanto que son razones, no de tipo ideológicas, que ya han sido señaladas, sino basadas en la utilidad para el Estado en general, y para el sistema penal en particular. Tales razones, entre otras, son la toma en consideración de la víctima como objeto de la política criminal, y la utilización de la víctima como

---

<sup>231</sup> Vid, FATTAH, E., (1991), *Understanding Criminal Victimization*. Señala el autor como las diversas investigaciones desarrolladas en Canadá, EE.UU., Europa o Australia reflejan que ser víctima de un delito afecta desproporcionalmente a los varones, jóvenes, residentes en núcleos urbanos, de bajo estatus socioeconómico, desempleados, solteros, y en los EE.UU., negros. Las encuestas de victimización reflejaron que las víctimas compartían desproporcionadamente estas características y que los perfiles demográficos de las víctimas y de los ofensores son muy similares.

factor que permitirá obtener un uso más eficiente de los recursos destinados a la persecución penal<sup>232</sup>.

En cuanto a la selección de la víctima como sujeto destinatario de la política criminal, cabe señalar que se produjo dados los escasos resultados obtenidos en el delincuente y en el control de los niveles de delito<sup>233</sup>. Consecuencia de este fracaso declarado en el ámbito de los Estados occidentales, se han llevado a cabo, con base en las investigaciones victimológicas, fundamentalmente aquellas referidas a los riesgos objetivos de victimización, estilo de vida, etc., políticas de prevención centradas en la víctima; es decir, se ha intentado incidir en los niveles de delito tomando como objeto de intervención la víctima y no el delincuente<sup>234</sup>, a través de diversos modos, como una mayor responsabilidad de la víctima con relación a las consecuencias del delito, con una variación de las políticas urbanísticas, alertando a las víctimas de los peligros que implican la realización de determinadas actividades, etc.

El segundo argumento de carácter político se refiere al uso utilitarista de la víctima por parte del sistema penal a la hora de perseguir los delitos. Se ha

---

<sup>232</sup> BAAMONDE, X. (2005), *La víctima en...* pág. 39

<sup>233</sup> GARCÍA PABLOS, A., (1993), *La Victimología*, pág. 10.

<sup>234</sup> Dado, fundamentalmente, que se considera mucho más fácil modificar el comportamiento de la víctima y no el del ofensor. *Vid.* HERRERO, C; GARRIDO, E., (2001), “Victimología: el impacto del delito, la víctima y el sistema legal. Una aproximación psicosocial”, en *Criminología Aplicada*, pág. 18.

constatado que la víctima es la gran puerta de entrada de los hechos criminales en el sistema de control formal. Tal circunstancia, unida a la elevada cifra negra, implica la existencia de pocos incentivos para el ciudadano a la hora de denunciar el delito, en lugar de acudir a medios informales de resolución<sup>235</sup>. En este estado de cosas tiene mucho que decir el abandono de la víctima por parte del sistema judicial. Por tanto, si el sistema penal quiere aumentar su efectividad en la persecución del delito, debe procurar que un análisis coste-beneficio, la víctima tenga más incentivos para acudir al sistema. En este sentido, el interés del Estado en la víctima se dirigirá a asegurar la cooperación de esta en la investigación y enjuiciamiento de los delitos, para lo cual habrá de aminorar los inconvenientes que su participación le produce y procurar la satisfacción de sus intereses desde el sistema penal<sup>236</sup>.

#### **4. Interacción de la víctima y el sistema penal**

La relación entre el sistema penal y la víctima es una relación que se retroalimenta, lo cual significa que no sólo la víctima necesita del sistema al para cumplir sus objetivos<sup>237</sup>, sino que también el sistema penal necesita de la víctima para cumplir los suyos. La Justicia Penal debe transmitirle a la víctima

---

<sup>235</sup> BRAITHWAITE, J., (1989), *Crime, Shame and Reintegration*, pág. 14.

<sup>236</sup> HERRERA, M., (1996), *La hora de...*, pág. 121.

<sup>237</sup> PETERS, T., (1988), *Consideraciones teóricas sobre la Victimología*, pág. 279

que la ofensa sufrida es percibida como una regla social quebrada y, por tanto, su representante, el Estado, actuará de forma adecuada ante la gravedad del hecho.

De igual forma, la víctima tiene una significativa función colaborativa, ya que quien realiza la primera selección penal, por cuanto de su primera actuación dependerá, en muchos casos que el hecho delictivo llegue a conocimiento de las autoridades y se inicie la persecución penal<sup>238</sup>.

---

<sup>238</sup> BARONA, S., (2013), “Influencia de la Unión Europea e Instancias supranacionales en la tutela penal de la víctima, en la Justicia Restaurativa y en la mediación penal”, en *Revista Judicial.*, pág.11. Señala la autora que hubo quien en la doctrina ha sostenido el denominado *ius puniendi* de las víctimas, entendido como manifestación del derecho de acción penal, o lo que es lo mismo, el derecho a poner en marcha el proceso para ejercitar el derecho al castigo del culpable, más allá del reconocimiento actual que se efectúa en nuestro ordenamiento jurídico del denominado *ius accusandi*, que es más restrictivo que el *ius puniendi*. Esta posición defensora del derecho de la víctima al castigo del autor del hecho, se ha venido sustentando sobre los textos penales cuando se proclama el derecho de la víctima a perdonar de forma excepcional determinados delitos, “*lo que puede interpretarse en el sentido de que la víctima ostenta cierto poder sobre el ejercicio del ius puniendi ora porque puede renunciar a la persecución de ciertos delitos que exigen instancia de parte, ora por el perdón*”. Incluso se ha sostenido que ese reconocimiento, siquiera fuere implícito, puede encontrarse en los textos internacionales y en algunas Constituciones, referido esencialmente al deber de castigar o si cabe el de legislar por los Estados para que se castiguen a los culpables de la comisión de hechos causados contra las víctimas, interpretándose como un derecho en relación con la exigibilidad de tipificación de determinadas conductas, siempre dentro del marco internacional que exige que las sanciones sean adecuadas, proporcionadas y disuasorias; algo así como el posible reconocimiento de la existencia de un deber internacional del Estado de castigar efectivamente determinados delitos. Posición ésta que implica, ante el incumplimiento del deber estatal, la pertinente responsabilidad internacional del mismo, que hoy por hoy, no es asumible en el contexto internacional.

Por consiguiente, es pertinente que el sistema penal muestre interés en favorecer y mejorar las condiciones que lleven a la víctima a completar esa colaboración. En la medida que pueda cumplir con los fines socialmente asignados, debe tratar que los perjudicados por el delito identifiquen el proceso penal como un medio de cumplimiento de sus objetivos, de modo que de la mutua interacción se nutran ambos, víctima y sistema<sup>239</sup>. Sin embargo, como veremos, esta colaboración y su renovado papel protagonista en el sistema penal no ha estado exento de críticas.

La primera de las críticas se centra en la hipótesis de que la atención a las víctimas y la defensa de sus derechos genere en un retroceso antigarantista del proceso penal, de tal forma que las necesidades de las víctimas sirvan de excusa para limitar los derechos de los imputados e introducir sistemas penales más represivos y con menores garantías. Como se verá, esta situación va más allá de una hipótesis teórica y se puede ver reflejado en la práctica de ordenamientos jurídicos o en fenómenos cada vez más extendidos, como la utilización simbólica<sup>240</sup> del Derecho penal.

---

<sup>239</sup> BAAMONDE, X., (2005), *La víctima...* op cit., págs. 279-281.

<sup>240</sup> HASSEMER, W. (1995), “Derecho Penal Simbólico y protección de Bienes Jurídicos”, en *Pena y Estado*, pág. 23-36. Señala Hassemer que el “problema radica en el concepto de simbólico y que quien utiliza este término para designar un rasgo del Derecho penal moderno está utilizando un concepto más amplio, en cualquier caso distinto, de aquellos que denuncian al Derecho penal o a parte de éste como sólo simbólico”. Por consiguiente debemos prestar atención al propio término simbólico. “El propio término no ha sido objeto de estudio por la doctrina; no he encontrado un concepto preciso y apto de simbólico o legislación simbólica”. Existe un acuerdo global respecto de la dirección en la cual se busca el fenómeno de Derecho simbólico: “se trata de una oposición entre realidad y apariencia, entre manifiesto y latente,



La segunda gran crítica es la utilización ideológica de las víctimas, de modo que la atención a las mismas se utilice como fin estratégico para incorporación de ideologías reaccionarias<sup>241</sup> y para promocionar aquellos postulados de carga moral en base a medidas preventivas de la victimización o protectoras de las víctimas<sup>242</sup>.

La tercera crítica es la posibilidad de un regreso a medios privados de resolución de los conflictos, en que el movimiento victimológico se sienta tentado a solicitar una devolución total del conflicto a la víctima, eliminando así al Estado de la resolución del conflicto<sup>243</sup>.

---

entre lo verdaderamente querido y lo otramente aplicado; y se trata siempre de los efectos reales de las leyes penales”. Simbólico se asocia con engaño, tanto en sentido transitivo como reflexivo. El Derecho penal simbólico se da bajo formas muy diversas: Derecho penal que está menos orientado a la protección del bien jurídico que a efectos políticos más amplios como la satisfacción de una necesidad de acción. Es un fenómeno de la crisis de la política criminal actual orientada a las consecuencias, y ello convierte gradualmente al Derecho penal en un instrumento político flanqueador de bienes jurídicos universales y delitos de peligro abstracto. Este Derecho penal se aviene a las imágenes de una inseguridad global y de una sociedad de riesgo. Un Derecho penal simbólico con una función de engaño no cumple la tarea de una política criminal y mina la confianza de la población en la Administración de Justicia.

<sup>241</sup> BERISTAIN, A. (1996), *Criminología, Victimología y Cárceles Tomo I*, pág. 87.

<sup>242</sup> RIQUERT, M. (1995), *Una asignatura pendiente en el conflicto penal. La víctima*, pág 368.

<sup>243</sup> MENDELSON, B. (1981), “La Victimología y las tendencias de la sociedad contemporánea” en *Revista ILANUD al día*. N°. 10., pág 24.

Como cuarta crítica, el objetivo de centrar la visión del delito en la víctima, podría ocasionar el aumento de la red de control social<sup>244</sup>, a través de las medidas preventivas, que pueden ocasionar una irracional preocupación por el fenómeno delictivo. Estas críticas no obstante no han podido frenar el curso creciente de la víctima en el sistema penal, y que en buena parte tiene responsabilidad la Victimología, como veremos a continuación.

## **5. El impulso de la víctima desde la Victimología.**

Antes de plantear el objeto de estudio de esta ciencia penal, es importante señalar algunos de los aspectos históricos de la Victimología. Como ya señalamos anteriormente, los estudios de VON HENTIG y MENDELSON, propiciaron una mayor atención hacia la víctima, desarrollándose<sup>245</sup> estudios sobre la misma, y conformando una base teórica y práctica del nacimiento de una nueva ciencia penal, la Victimología<sup>246</sup>.

Con posterioridad a estos estudios iniciales, la Victimología fue ampliando el objeto de sus investigaciones. Del estudio de la pareja criminal que era su

---

<sup>244</sup> NEUMAN, E. (1994)., *Victimología*, pág 43.

<sup>245</sup> NEUMAN, E., (1994), *Ibidem*, pág., 34.

<sup>246</sup> DÍAZ, F., (2006), *El surgimiento de la Victimología.*, pág., 10.

idea inicial, pasa a ocuparse de aspectos<sup>247</sup> tales como: actitudes y propensión de los sujetos para convertirse en víctimas del delito, las variables que intervienen en el proceso de victimización, los daños que padecen la víctima y la posterior intervención del sistema legal, las actitudes de la víctima respecto al sistema legal y sus agentes, el comportamiento de la víctima denunciante como agente de control social penal, el miedo al delito, los programas de prevención y la reparación del daño y asistencia a las víctimas<sup>248</sup>.

El progreso experimentado<sup>249</sup> por la Psicología y la creciente credibilidad de las encuestas de victimización, han sido factores importantes en la expansión de los estudios victimológicos. El desarrollo de modelos teóricos para la interpretación y exploración de los datos suministrados por las investigaciones victimológicas ayudaron a ampliar el escenario de la Victimología como Ciencia<sup>250</sup>. Desde entonces, las investigaciones sobre la víctima del delito han adquirido durante los últimos años un interés muy significativo. Esto expresa la urgente necesidad de verificar a la luz de la ciencia, la función real que desempeña la víctima del delito, en los diversos momentos del suceso criminal, ampliando la visión estática de la criminología tradicional<sup>251</sup>.

---

<sup>247</sup> LANDROVE, G. (1990), *Victimología*, pág. 27.

<sup>248</sup> Vid. FATTAH, E. (1991), *Understanding Criminal Victimization*.

<sup>249</sup> GARCÍA-PABLOS, A. (1994), *Criminología*, pág. 42.

<sup>250</sup> BUSTOS, J.; LARRAURI, E. (1993), *Victimología: Presente y Futuro*, pág. 56.

De igual manera, los movimientos feministas jugaron un papel decisivo al llamar la atención sobre la violencia, específicamente dirigida contra la mujer. Se elaboraron así programas de asistencia y se habilitaron centros para las víctimas de estos delitos<sup>252</sup>. Paulatinamente, *“la Victimología fue adquiriendo carta de identidad, y como acontece con todo nuevo campo de investigación, trata de definir su identidad y sus límites, crear una terminología propia y generarse un lugar respetable entre el conjunto de disciplinas ya establecidas”*<sup>253</sup>.

La fase de consolidación<sup>254</sup> de la Victimología se inicia con la celebración del I Simposio Internacional sobre Victimología<sup>255</sup>, realizado en Jerusalén en 1973, apareciendo tres años después, en 1976 una publicación periódica especializada denominada *“Victimology”*<sup>256</sup>. Tras ello, en el año 1980, se crea la Sociedad Mundial de Victimología<sup>257</sup>. Como consecuencia de estos

---

<sup>251</sup> BERMÚDEZ, B. (1997), *La víctima en el Proceso Penal*, pág.48.

<sup>252</sup> GLENN, L. (1994), *Victims' rights*, pág. 19.

<sup>253</sup> LANDROVE, G. (1990), *Victimología*, pág. 31.

<sup>254</sup> LANDROVE, G. *Ibidem*, pág. 32.

<sup>255</sup> En este simposio las discusiones fueron organizadas en cuatro secciones científicas: 1) El estudio de la Victimología: concepto, definición de víctima, metodología y otros aspectos disciplinarios; 2) Relación victimario-víctima: delito contra la persona, la propiedad, delitos sexuales, etc. 3) Sociedad y víctima; 4) Política: prevención, resarcimiento, tratamiento, etc.

<sup>256</sup> *Vid.* PETERS, T., (1988), *Consideraciones teóricas sobre la Victimología*.

acontecimientos, la Victimología, como disciplina integrada en las ciencias penales ha venido expandiéndose y ampliándose<sup>258</sup>, y se ha preocupado preferentemente desde el campo práctico, por la indemnización de las víctimas de delitos, por la elaboración y ejecución de programas de ayuda y tratamiento, por alcanzar una mejor comprensión del fenómeno criminal, y por proponer y estimular la creación de legislaciones a favor de las víctimas<sup>259</sup>.

La aparición de la Victimología como campo del conocimiento no ha sido pacífica y fundamentalmente ha encontrado resistencia dentro del campo de la Criminología tradicional que mostró escaso interés por la problemática de las víctimas al haberse centrado históricamente en el criminal y en la ley<sup>260</sup>. La incorporación de la víctima como objeto de estudio por parte de la

---

<sup>257</sup> La Sociedad Mundial de Victimología (*World Society of Victimology*), es una organización sin fines de lucro, organización no gubernamental con estatus consultivo especial en el Consejo Económico y Social (ECOSOC) de las Naciones Unidas y el Consejo de Europa. Reunidos, sus miembros, por un interés mutuo por las víctimas, incluyen: trabajadores sociales, médicos, abogados, funcionarios, voluntarios, profesores universitarios de todos los niveles y estudiantes. El objetivo de la Sociedad Mundial de Victimología es avanzar en la investigación victimológica realizando prácticas en todo el Mundo, para fomentar el trabajo interdisciplinario y comparativo y la investigación en este campo, y para promover la cooperación entre los organismos internacionales, nacionales, regionales y locales y otros grupos que se ocupan de los problemas de las víctimas. Para más información sobre la Sociedad Mundial de Victimología, se puede consultar su web oficial: <http://www.worldsocietyofvictimology.org/>.

<sup>258</sup> NEUMAN, E., (1994), *Victimología*, pág 67.

<sup>259</sup> GARCÍA-PABLOS, A., (1994), *Criminología*, pág. 78.

<sup>260</sup> PETERS, T., (1988), *Consideraciones teóricas sobre la Victimología.*, pág. 28

Criminología, se centra en su participación desde una perspectiva dinámica con el delincuente y en las características particulares que la acompañan<sup>261</sup>.

Así a la moderna Victimología le corresponde explicar desde el punto de vista fenomenológico la interacción entre delincuente y víctima; el modo en que el delincuente percibe a esta; el proceso de selección y la posterior racionalización o legitimación del comportamiento criminal<sup>262</sup>. La Victimología por lo tanto, pretende diferenciarse de la Criminología, haciendo énfasis en la dinámica propia de la víctima, la victimización y la prevención. Esta disciplina constata la realidad, por lo tanto, merece que le prestemos más atención en todos los ámbitos, tanto del saber como de lo político y social<sup>263</sup>. Si Durante los primeros años de la Victimología, la literatura sobre las víctimas de delitos permaneció relativamente reducida en comparación con la de Criminología, en la década de los años 80 del pasado siglo, una gran ola de monografías y artículos especializados, marcó la mayoría de edad de la Victimología<sup>264</sup>, lo que ha derivados a que en la actualidad no puede hablarse de ciencias distintas, puesto que la víctima se encuentra integrada en la Criminología: *“es justo decir que el estudio de las víctimas de delitos se ha convertido en una parte integral*

---

<sup>261</sup> Vid. FATTAH, E. (1991), *Understanding Criminal Victimization.*, pág. 83.

<sup>262</sup> GARCÍA PABLOS, A., (1993), *La Victimología.*, pág. 44.

<sup>263</sup> BERISTAIN, A. (1996), *Criminología, Victimología y Cárceles Tomo I.*, pág. 365.

<sup>264</sup> ROCK, P. (1994), *Victimology.*, pág. 14.

de la Criminología<sup>265</sup>”. Y ciertamente, tanto si la Victimología abriera su campo a la victimización en sentido genérico como si se decidiera por un tema tan vasto y difuso como la victimización en general, perdería su especificidad.

Eso sí, habrá que tener precaución porque en caso de que se dedicara al fenómeno inconmensurable de la victimización global, al fenómeno indefinible e incuantificable del sufrimiento humano, se arriesgaría a perder su carácter científico. Como ciencia social igualmente, correría el riesgo de comprometer su objetividad, su neutralidad y su carácter no normativo<sup>266</sup>.

La Victimología como disciplina de la Criminología no emite ningún juicio de valor sobre la conducta objeto de estudio, ya esté tipificada en el Código Penal o ya sea una conducta desviada pero no delictiva<sup>267</sup>. El pretexto de la Victimología teórica de mantener su carácter científico y de circunscribir su ámbito de actuación dentro de unos límites firme y claramente definidos, está en consonancia con las metas que tiene la Victimología aplicada. La meta última de la Criminología aplicada y de la Victimología aplicada así, como de las políticas sobre delitos y víctimas, es la prevención de la victimización delictiva y esta meta sólo se puede alcanzar mediante una política racional e

---

<sup>265</sup> FATTAH, E. (1991) *Understanding...* op. cit, pág.36.

<sup>266</sup> FATTAH, E. *Ibidem*, pág.38.

<sup>267</sup> GROENHUIJSEN, M. (1996), *Conflicts of victim's interest and offenders' rights in the criminal justice system a European Perspective*, pág. 172.

inteligente, cuyos fundamentos estén anclados no en la especulación o una ideología política sino en la ciencia empírica<sup>268</sup>.

La tarea de una Victimología aplicada basada en la ciencia es la de articular la teoría en política y traducir la política en acción. Esta es la razón por la cual la Victimología se esfuerza, al igual que las demás disciplinas de la ciencia social, en formular una teoría, y ello es factible sólo si la misma se limita a la victimización delictiva. Intentar elaborar una teoría global de la victimización en general no es sólo un intento fútil, sino también, una tarea desesperada. La Criminología es un caso a citar ya que a pesar de los esfuerzos continuos y enérgicos llevados a cabo durante más de un siglo, aún no ha conseguido con éxito una gran teoría sobre la criminalidad<sup>269</sup>.

Hoy en día, la necesidad de la Criminología de estudiar a fondo las víctimas de la delincuencia puede parecer obvia e incontrovertible y aunque la Victimología se ha establecido ya firmemente como una de las principales áreas de investigación dentro de la criminología, su naturaleza, importancia y situación siguen generando una gran cantidad de comentarios y polémica<sup>270</sup>.

---

<sup>268</sup> FATTAH, E. (1980), *Victimologie, Criminologie*, pág. 57.

<sup>269</sup> Vid. FATTAH, E. (1991), *Understanding Criminal Victimization*, pág. 85.

<sup>270</sup> ROCK, P. (1994), *Victimology*. El autor describe la Victimología como una "disciplina relativamente amorfa", y CRESSEY, citado por ROCK, en el Quinto Simposio Internacional de Victimología (Zagreb, agosto de 1985), declaró abiertamente que la Victimología no es una disciplina científica, ni un campo académico. Él la llamó en cambio "un programa no



No obstante, el estudio de las víctimas y la victimización tiene el potencial de remodelar toda la disciplina de la Criminología<sup>271</sup>: la integración de la Victimología en la Criminología nos lleva a una disciplina dinámica en continua evolución.

### 5.1. La Victimización

El hecho delictivo genera en las víctimas consecuencias que sobrepasan los efectos legales, y produce de forma inevitable el impacto, en diferentes planos, como el económico, el físico, el psicológico o el social<sup>272</sup>.

Mantiene EZZAT FATTAH<sup>273</sup> que el concepto de victimización ampliamente mencionado en la literatura científica, es complejo, aunque no se

---

*académico bajo el que se han agrupado arbitrariamente una mezcolanza de ideas, intereses, ideologías y métodos de investigación”.*

<sup>271</sup> FATTAH, E. (1981), *Understanding....op. cit.*, pág. 86. Para el autor la Victimología es “*el tan esperado cambio de paradigma que la criminología necesita desesperadamente dado el rotundo fracaso de sus teorías tradicionales: la búsqueda de las causas del delito, la disuasión, rehabilitación, tratamiento, justo castigo, etc*”.

<sup>272</sup> Vid. MILLER, S., (2011), *After the Crime, The Power of Restorative Dialogues between Victims and Violent Offenders.*

<sup>273</sup> FATTAH, E., (2000), *Victimology: Past...op. cit.*, pág. 38.

ha hecho un esfuerzo en definirla o explicarla, quizá por la idea errónea de que el propio término es autoexplicativo a lo que se une también la cantidad de variantes de clases, formas y tipos de victimización<sup>274</sup>.

En la literatura especializada<sup>275</sup> se ha considerado que existen tres grados de victimización, sobre los cuales sí hay consenso: La victimización primaria, secundaria y terciaria. Estos grados de victimización hacen referencia a las consecuencias producidas por la acción de un delito.

a) La victimización primaria, es la consecuencia derivada de haber padecido un delito y va acompañada de efectos físicos, económicos y psicosociales que se mantienen en el tiempo. La víctima no sólo sufre los perjuicios derivados del daño sino que, en muchos casos, se produce otra serie de consecuencias que inciden en la gravedad material del daño producido.

b) La victimización secundaria, es aquella que se deriva de las relaciones de la víctima con el sistema de justicia y se considera la más negativa, ya que

---

<sup>274</sup> FATTAH, E.; SACCO, V.F., (1995), *Victimisation and Fear of Crime among the Elderly*, pág. 53.

<sup>275</sup> Al respecto de las categorizaciones de Victimización. Vid. MILLER, S., (2011), *After the Crime, The Power of Restorative Dialogues between Victims and Violent Offenders*; FATTAH, E. (1980), *Victimologie, Criminologie*. También del mismo autor, (1991,) *Understanding Criminal Victimization*; CHRISTIE, N. (1984), *Los Límites del Dolor*; DIGNAN, J. (2005), *Understanding Victims and Restorative Justice*; ELIAS, R. (1985), *Trascendiendo la realidad social de la victimización: hacia una Victimología de los Derechos Humanos*; PETERS, T. (1988), *Consideraciones teóricas sobre la Victimología*.

es producida por el propio sistema, que paradójicamente provoca consecuencias negativas y perjudiciales a quien se dirige a solicitar justicia<sup>276</sup>.

La victimización terciaria, es el resultado de las consecuencias negativas de las dos anteriores y consiste en el comportamiento que adopta la víctima como resultado de la victimización, aceptando su rol y apareciendo en ocasiones los sentimientos de venganza hacia sus victimarios y los que le rodean<sup>277</sup>.

El estudio de la victimización abre un área de investigación nueva, estimulante y prometedora, donde se plantean un número de cuestiones y de soluciones diferentes de las que han sido el principal enfoque de la investigación criminológica tradicional, convirtiéndose en indispensable, para una mejor comprensión del fenómeno del delito<sup>278</sup>. En esta nueva etapa, se encuentra la Justicia Restaurativa que como paradigma de justicia penal tendrá

---

<sup>276</sup> Vid. FATTAH, E. (1991), *Understanding Criminal Victimization*, pág. 52. Para el autor, la victimización secundaria (también denominada segunda victimización) se utiliza ahora para referirse a las experiencias traumáticas de las víctimas del delito en su relación con el sistema penal. La victimización secundaria es por tanto el impacto brusco entre las expectativas generadas por la víctima y la realidad del trato institucional. El daño que experimenta la víctima no se agota en la lesión o peligro del bien jurídico, sino que en ocasiones, las instituciones que tienen a su cargo la prevención y la represión del delito, aumentan y cronifican el mal producido como consecuencia de la victimización.

<sup>277</sup> FATTAH, E. (1980), *Victimologie, Criminologie*, pág. 59.

<sup>278</sup> UMBREIT, M.S.; J. GREENWOOD (2000), *Guidelines for Victim-Sensitive Victim-Offender Mediation.*, pág. 129.

cada vez más influencia en el campo de la Victimología. Si “*el objeto y propósitos principales de la intervención social es restaurar la paz, la reparación de los daños, sanar heridas y prevenir la repetición de la infracción, entonces es fácil prever la aplicación del paradigma de la Justicia Restaurativa, con sus elementos constructivos: la mediación, la conciliación, la restitución y la reparación, como el camino hacia el futuro*”<sup>279</sup>.

## **6. La reparación en el ámbito penal**

La reparación es uno de los conceptos fundamentales de la Justicia Restaurativa. Constituye por un lado, la esencia de la restauración del daño causado a la víctima y a la vez, la consecución del esfuerzo del ofensor en ofrecer con su responsabilidad en la participación en el proceso restaurativo, la posibilidad de satisfacer las necesidades del perjudicado<sup>280</sup>. Históricamente se ha concebido como un efecto de la responsabilidad civil derivada del delito, entendida esta como un mecanismo de compensación económica del daño producido como consecuencia de un hecho delictivo<sup>281</sup>.

---

<sup>279</sup> WALKER, L.; K.S. VAN WORMER, K., (2012), *Restorative Justice Today: Applications of Restorative Interventions*, pág. 96.

<sup>280</sup> TAMARIT, J., (2012), *La Justicia Restaurativa: Desarrollo y Aplicaciones*, pág.63.

<sup>281</sup> MANZANARES, J.L., (2007), *Mediación, Reparación y Conciliación en el Derecho Penal*. pág 103.

Por la vía de la responsabilidad civil, los tribunales cuantifican en términos monetarios el coste del delito, tanto en los perjuicios materiales o daños físicos o psíquicos. La Justicia Restaurativa reclama la necesidad de una nueva concepción de la reparación de forma integral, en la que se tenga en cuenta el conjunto de los daños causados en la víctima, con especial atención al daño psíquico y emocional y como respuesta al mismo se espera del ofensor una conducta reparadora distinta de la puramente económica<sup>282</sup>. Este sentido más profundo y más justo de la reparación se expresa también en la necesidad de una reparación a favor de la comunidad, afectada de forma indirecta por el hecho delictivo, que alcanza su mayor sentido en los delitos sin víctima o con víctima no participante en el proceso restaurativo.<sup>283</sup>

Una concepción restaurativa e integral de la reparación lleva a entender que la misma se encuentra asociada a una serie de elementos que permiten garantizarla. Así, una nota esencial de la misma es la idea de reparación según la propia capacidad, que permite atribuir validez a actos de reparación parcial cuando el responsable cumpla con lo exigible según sus circunstancias personales y sociales<sup>284</sup>. Esta idea se encuentra intensificada en la medida que se exija en todo caso del infractor un esfuerzo reparador como “condición

---

<sup>282</sup> MARTÍNEZ R. (2012), *Vías alternativas a la solución de conflictos en el proceso penal*, pág. 35.

<sup>283</sup> MANZANARES, J.L. (2007) *Mediación...* op. cit. 105.

<sup>284</sup> MADLENER, K. (1989), *La reparación del daño sufrido por la víctima y el Derecho Penal*, pág. 9.

necesaria para atribuir valor a su acto, de modo que permita compensar el desvalor propio de la acción delictiva<sup>285</sup>. Según esta concepción, la reparación no es una magnitud que pueda determinarse de modo estático sino que es posible calibrar la calidad y el valor del acto reparador al efecto de atribuirle consecuencias jurídicas<sup>286</sup>.

Algunas de las concepciones de la reparación que acentúan el efecto de curación o pacificación, el sentimiento de clausura, la recuperación o el efecto formativo del procedimiento plantean cuestiones que trascienden a las finalidades del sistema de justicia penal<sup>287</sup>.

La concepción dominante respecto a los fines de la pena tiende a acentuar los aspectos preventivo-generales y normalmente, en segundo término, los preventivo-especiales<sup>288</sup>. Tanto una como otra finalidad son a su vez explicadas según dos dimensiones: positiva y negativa. Una respuesta al

---

<sup>285</sup> TAMARIT, J. (2012), *La Justicia Restaurativa: Desarrollo y Aplicaciones*, pág. 13.

<sup>286</sup> DE GREIFF, P. (2008), *Justicia y reparación*. Págs. 301. El autor señala que el objetivo principal de un programa de reparación es hacer justicia a las víctimas y comprende un amplio espectro de respuestas orientadas a remediar las diversas formas de daños, entre las que se encuentra la restitución, la compensación, la rehabilitación, la satisfacción, así como aspectos de una dimensión moral, tales como el reconocimiento, que implica el retorno del estatus de ciudadanos a los individuos, y la restauración de la confianza entre estos ciudadanos.

<sup>287</sup> DE GREIFF, P. *Ibidem*, pág. 301.

<sup>288</sup> TAMARIT, J., (2012), *La Justicia...* op. cit. pág. 15.

delito de tipo restaurativo contiene elementos comunes con la dimensión positiva de la prevención: en la prevención general, con la idea de restauración de la confianza y de los vínculos comunitarios rotos por el delito y en la prevención especial, con el objetivo de la reintegración social del ofensor (rehabilitación). La dimensión negativa de la prevención (disuasión en la prevención general e incapacitación en la prevención especial) permanecerá más alejada del ideal restaurativo<sup>289</sup>.

Por otra parte, puede pensarse que la pena impuesta en un proceso penal contiene en potencia un cierto poder reparador para la víctima, por su capacidad de afirmar la verdad respecto a lo sucedido y restablecer la dignidad ofendida, compensando el sentimiento de humillación. Pero, los ingredientes reparadores del proceso penal pueden aparecer más evidentes si se arbitran mecanismos a través de los cuales se puedan materializar con mayor eficacia, como, por ejemplo, una declaración en sentencia de los efectos que el delito ha tenido para la víctima<sup>290</sup>.

En todo caso, no puede olvidarse que el proceso penal tan sólo puede satisfacer estas necesidades reparadoras de manera muy limitada y que en la realización de estas finalidades interfieren los mecanismos de victimización secundaria, como por ejemplo, los efectos de la defensa del ofensor (sobre todo la negación del hecho) o el riesgo de sobreseimiento o absolución en los

---

<sup>289</sup> TAMARIT, J., (2012), *La Justicia Restaurativa...* op. cit, pág. 16.

<sup>290</sup> DE GREIFF, P., (2008), *La Justicia...* op. cit., págs. 301-340.

supuestos, en que el imputado sea efectivamente el infractor pero no se haya podido probar<sup>291</sup>. Asimismo, la condena del agresor no siempre tiene un efecto benéfico en la víctima sino que se ha demostrado que en ciertos delitos, esencialmente aquellos en que existe un vínculo emocional, produce el efecto contrario, pues alimenta su “culpabilización”, de tal modo que la ejecución de la pena puede tener efectos indirectos para ella<sup>292</sup>.

Los procesos de Justicia Restaurativa están en condiciones de satisfacer mejor los fines reparadores propios de la pena incidiendo así, aunque sea de forma parcial, en los fines de prevención general positiva y prevención especial positiva<sup>293</sup>. En este sentido debe ser matizada la fórmula según la cual la reparación puede servir como subrogado parcial de la pena. Las consecuencias de la acción reparadora integral respecto a la responsabilidad penal del infractor pueden variar según la naturaleza y gravedad del delito y la fase en que se produzca. En la doctrina penal no existe consenso respecto a la medida en que la decisión sobre la intensidad de estos efectos puede depender del “valor de acción” del acto reparador, de su valor de resultado o de ambos<sup>294</sup>. Adoptando una concepción de síntesis entre ambos conceptos, “el

---

<sup>291</sup> PIZZI, W., (1999), *Derechos de las víctimas: repensando nuestro sistema adversarial.*, pág. 367.

<sup>292</sup> HERNÁNDEZ F., (1980), *La Protección a la víctima del delito*, pág. 56.

<sup>293</sup> TAMARIT, J., (2012), *La Justicia Restaurativa...op. cit.* pág. 64.

<sup>294</sup> Vid. TAMARIT, J., (2007), “La difícil asunción de la reparación penal por la jurisprudencia española”, en *Revista general de Derecho penal*, número 7.



*carácter valioso de la acción (esfuerzo reparador) sería condición necesaria para que la reparación pudiera surtir efectos a favor del infractor, y el alcance del resultado reparador permitiría modular la respuesta*<sup>295</sup>, en el sentido, por ejemplo, de disminuir más o menos la pena a imponer.

La teorización por parte de algunos autores en Alemania de esta forma de articulación entre reparación y sistema penal ha pasado por atribuir naturaleza penal a la reparación, como tercera forma de sanción penal, al lado de la pena y la medida de seguridad. Esta idea se plasmó en el Proyecto Alternativo de Reparación de 1992, el cual, pese a las reticencias que suscitó en destacados sectores jurídicos y académicos, influyó en la reforma del Código Penal alemán de 1994, que introdujo mecanismos que permiten la renuncia y la atenuación de la pena, según los casos<sup>296</sup>.

---

<sup>295</sup> TAMARIT, J., (2012), *La Justicia Restaurativa...* op. cit, pág. 65.

<sup>296</sup> Vid. ROXIN, C., (1992), *La Reparación en el Sistema de los Fines de la Pena en De los Delitos y de las Penas*, y también del mismo autor, (1997), *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. 1ª edición española*. El proyecto alternativo de reparación alemán *Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung* ) elaborado en 1992 ha sido la base de la reforma jurídico penal germánica, considerando la reparación en relación a la pena, así como la posibilidad de prescindir de la misma en caso de conciliación entre autor y víctima. Esta visión ha influido en la discusión sobre la tercera vía penal y la reorientación del sistema penal a las necesidades de las víctimas. El AE-WGM, tuvo una excelente aceptación en el ámbito penal y criminológico, por las distintas aplicaciones que tendría la reparación en relación con la pena, apareciendo cuatro modalidades: la sustitución, la suspensión, la atenuación y el medio para permitir la libertad condicional. Contiene un gran número de disposiciones en este sentido, entre las cuales se encuentra la facultad sancionadora del Tribunal de imponer al condenado: a) Reparar dentro de sus posibilidades los daños causados por el hecho, b) Contribuir económicamente a favor de una institución de bien común. c) Prestar servicios en una institución de bien público.

Los efectos de la reparación dentro del proceso penal pueden derivar de la participación del imputado en un proceso restaurativo, pero también de una acción reparadora, que deberá también reunir las condiciones necesarias para que pueda ser merecedora de valor compensatorio del injusto de hecho. En un plano teórico, tan sólo cabrá asumir el valor del acto reparador con capacidad de servir como subrogado de la pena en la medida que contenga reconocimiento del hecho y de los daños en la víctima y que implique un esfuerzo reparador. El esfuerzo y el reconocimiento deberían ser adecuados y proporcionados al tipo de victimización causada, teniendo en cuenta si se trata de un daño material o psíquico y del alcance de ambos<sup>297</sup>.

### **6.1 La Reparación. Efectos y consideraciones jurisprudenciales.**

Con respecto a los efectos de la reparación en las consecuencias jurídico penales del delito, ésta tiene importancia a la hora de la imposición de la pena, así como en el resultado de las solicitudes de sustitución y suspensión de la pena privativa de libertad. El Código Penal vigente integra en su cuerpo de preceptos la reparación en un amplio sentido. Una de las puertas principales que ofrece nuestro ordenamiento jurídico penal y de la que se puede servir

---

<sup>297</sup> MAIER JULIO B. J. (2004), *El Penalista Liberal. ¿Es la Reparación una Tercera Vía del Derecho Penal?*, págs. 216-217.

holgadamente desde la Justicia Restaurativa es la atenuante<sup>298</sup> por reparación, que se establece en el artículo 21.5<sup>a</sup>. La atenuante podrá ser apreciada como muy cualificada en su caso, y dando la posibilidad además de la concurrencia como extensión de la analógica de la circunstancia 7<sup>a</sup> del mismo artículo 21 del Código Penal vigente<sup>299</sup>.

Si la atenuante fuera estimada como muy cualificada<sup>300</sup>, podría llevar a una reducción de hasta dos grados de la pena impuesta, según, el artículo 66, apartado 1<sup>o</sup>, circunstancia 6<sup>o</sup>. Es pacífica la idea de caracterizar la atenuante del artículo 21 como atenuante *ex post facto* “*por su fundamento político criminal se configura como una atenuante ex post facto, que no hace derivar la disminución de responsabilidad de una inexistente disminución de la culpabilidad por el hecho, sino de la legítima y razonable pretensión del legislador de dar protección a la víctima y favorecer para ello la reparación privada posterior a la realización del delito*”<sup>301</sup>.

---

<sup>298</sup> Artículo 21. “Son circunstancias atenuantes: (...) 5.<sup>a</sup> 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. Vid. MUÑOZ CONDE, F; GARCÍA ARÁN, M. (2015) *Derecho Penal. Parte General*; BERDUGO, I; ARROYO, L; GARCÍA, N; FERRÉ, J.C.; SERRANO, J.R. (2010) *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*.

<sup>299</sup> “Cualquier otra circunstancia de análoga significación que las anteriores”

<sup>300</sup> “Cuando concurran dos o más circunstancias atenuantes, o una o varias muy cualificadas, y no concurra agravante alguna, aplicarán la pena inferior en uno o dos grados a la establecida por la ley, atendidos el número y la entidad de dichas circunstancias atenuantes”.

Sobre los elementos integradores que la estructuran<sup>302</sup>, la atenuante se configura sustancialmente de la siguiente forma:

1) Su aplicación se reduce a aquellos delitos de resultado<sup>303</sup>.

2) No se aplica a los delitos de peligro<sup>304</sup>.

3) Es una atenuante selectiva y discriminatoria<sup>305</sup>.

4) Sus efectos no se extienden a todos los implicados en el hecho delictivo contra las personas, aunque sí cuando el delito es patrimonial<sup>306</sup>.

---

<sup>301</sup> (STS 809/07).

<sup>302</sup> CLIMENT, C. (2011), *Código Penal. Jurisprudencia Sistematizada.*, págs. 217-231.

<sup>303</sup> (STS 1215/99). *“porque sólo aquellos pueden dar lugar a una reparación del daño o disminución de sus efectos”*.

<sup>304</sup> (STS 1013/02). *“Si se exige que el autor de la infracción haya reparado el daño o los efectos con ella ocasionados, se trata de una consecuencia de muy difícil aplicación cuando de un delito de peligro”*

<sup>305</sup> (STS 1643/03). *“Porque deja fuera de sus posibilidades a las personas que carecen de recursos económicos, pero también sería injusto prescindir de ella en los casos en que el autor desarrolla una conducta activa de reparación o disminución del daño. Ciertamente es que no es necesaria exclusivamente una actuación indemnizatoria de carácter económico ya que la atenuante pudiera tener entrada en los supuestos en que se produce la restitución de los bienes o cuando el culpable trata de reparar los efectos del delito por otras vías alternativas, como la petición de perdón o cualquier otro género de dar satisfacción que, sin entrar directamente en el tipo podrían tener un cauce por el camino de la analogía”*.

Respecto a los fundamentos de la atenuante de reparación del artículo 21 del Código Penal se sistematiza<sup>307</sup> los siguientes criterios:

1) Finalidad de premiar a quien hay ayudado a la víctima<sup>308</sup>.

2) Indicio de reintegración social<sup>309</sup>.

---

<sup>306</sup> (STS 1264/05). *“No procede la extensión a uno de los acusados de los efectos atenuatorios de la reparación llevada a cabo por el otro acusado”. económicamente valubles, del perjudicado, la necesidad de una actitud reparadora del causante del perjuicio, que le haga igualmente merecedor de los efectos atenuatorios de su comportamiento activo”* (STS 1264/05)

<sup>307</sup> CLIMENT, C. (2011) *Código Penal...op. cit*, págs. 217-231.

<sup>308</sup> (STS 18/02). *“Esta atenuante está fundada en razones objetivas, de política criminal, para premiar las conductas que hubieran servido para reparar el daño causado a la víctima, o al menos disminuirlo, dando satisfacción a ésta, tradicional olvidada de los sistemas de justicia penal hasta época reciente, pues la protección de los intereses de las víctimas no se considera ya como una cuestión estrictamente privada, de responsabilidad civil, sino como un interés de toda la comunidad”*. En esta misma línea ahonda el Tribunal Supremo cuando establece que *“resulta conveniente primar a quien se comporta de una manera que satisface el interés general, pues la protección de los intereses de las víctimas no se considera ya como una cuestión estrictamente privada, de responsabilidad civil, sino como un interés de toda la comunidad. Al mismo tiempo la colaboración voluntaria del autor a la reparación del daño ocasionado por su acción puede ser valorada como un inicio de rehabilitación que disminuye la necesidad de la pena”* (STS 2/07).

<sup>309</sup> (STS 646/99) *“la actitud reparadora del culpable supone un reconocimiento del mal causado y un claro indicio de un apartamiento en su actividad delictiva, facilitando el pronóstico de unan efectiva reintegración social”*.

3) Teoría del actus contrarius<sup>310</sup>.

4) Teoría de la protección de la víctima<sup>311</sup>.

5) No influye en la dimensión del injusto ni en la imputación personal del sujeto agente<sup>312</sup>.

6) En lo que atañe a sus criterios valorativos<sup>313</sup>, habrá que ponderar el resultado causado con la reparación realizada.

---

<sup>310</sup> Según esta teoría, *“la reparación comporta el reconocimiento de la autoría del hecho generador del daño, coloca el acento en la menor culpabilidad del autor, esto es, en la menos reprochabilidad personal por el acto antijurídico realizado, por cuanto a través de un acto ex post acepta su responsabilidad, contribuyendo a reforzar la vigencia del ordenamiento jurídico trasgredido”* Sentencia del Tribunal Supremo (STS 809/07).

<sup>311</sup> Dice el Alto Tribunal, en Sentencia (STS 624/02) que *“la razón de ser de esta atenuante es, precisamente, y por consideraciones de política criminal, la protección de las víctimas, a través de la estimulación de la reparación del daño que se les ha causado o de la disminución de sus efectos, mediante una conducta que ha de orientarse en cualquiera de esas dos direcciones, ambas relacionadas con la circunstancia de que el delito haya producido daños a la víctima, cuyos efectos sean susceptibles de reparación o de disminución, lo que ya de por sí constituye un serio obstáculo a la apreciación de la atenuante en delitos de mera actividad”* .

<sup>312</sup> (STS 1352/03) *“por tal razón su fundamento está en la conveniencia o necesidad de disminuir la pena al sujeto activo del delito cuando con posterioridad a éste objetivamente realiza las conductas previstas en la ley, siendo por ello irrelevante la motivación que impulse dichas acciones”* .

<sup>313</sup> (STS 1474/99) *“hay que ponderar el resultado producido y la importancia de la correspondiente reparación, en relación con la capacidad reparadora del sujeto, quien habrá de haber realizado cuanto lo sea posible para restaurar el orden perturbado por el delito”* .

En cuanto a los elementos<sup>314</sup> que la integran, en primer lugar, el elemento cronológico se amplía respecto de la antigua atenuante de arrepentimiento y la actual de confesión, pues no se exige que la reparación se produzca antes de que el procedimiento se dirija contra el responsable, sino que se aprecia la circunstancia siempre que los efectos que en el precepto se prevén se hagan efectivos en cualquier momento del procedimiento, con el tope de la fecha de celebración del juicio. La reparación realizada durante el transcurso de las sesiones del plenario queda fuera de las previsiones del legislador, pero según las circunstancias del caso puede dar lugar a una atenuante analógica. En segundo lugar el elemento sustancial de esta atenuante consiste en la reparación del daño causado por el delito o la disminución de sus efectos<sup>315</sup>.

Por lo que respecta a la esencia de la reparación del daño o disminución de sus efectos, desde la jurisprudencia se ha entendido lo siguiente:

1) Su concepto se establece desde una perspectiva amplia<sup>316</sup>.

---

<sup>314</sup> CLIMENT, C. (2011), *Código Penal...* op. cit., pág. 219

<sup>315</sup> (STS 1006/06) *“en un sentido amplio de reparación que va más allá de la significación que se otorga a esta expresión en el artículo 110 del código penal, pues este precepto se refiere exclusivamente a la responsabilidad civil, diferenciable de la responsabilidad penal a la que afecta esta atenuante”* .

<sup>316</sup> (STS 50/08) *“la reparación no sólo se refiere al resarcimiento de los perjuicios materiales, sino que la jurisprudencia ha admitido la reparación moral o simbólica, siempre que el acto reparatorio pueda considerarse significativo en relación con la índole del delito cometido”*. Sigue diciendo el Alto Tribunal *“que se acoge un sentido amplio de la reparación, que va más*

2) Es una conducta personal del culpable<sup>317</sup>.

3) La reparación puede realizarse por un tercero, siempre que conste la intención de ayudar al acusado<sup>318</sup>.

4) La reparación será proporcionada<sup>319</sup> y significativa<sup>320</sup>.

---

*allá de la significación que se otorga a esta expresión en el Artículo 110 del Código Penal, pues éste se refiere exclusivamente a la responsabilidad civil, diferenciable de la responsabilidad penal a la que afecta la atenuante. 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, pueda integrar las previsiones de la atenuante” (STS 2068/02).*

<sup>317</sup> (STS 1006/06) “esto hace que se excluyan: 1º los pagos hechos por compañías aseguradoras en cumplimiento del seguro obligatorio; 2º los supuestos de constitución de fianza exigidos por el juzgado; 3º las conductas impuestas por la Administración; 4º la simple comunicación de la existencia de objetos buscados, cuando hubieran sido descubiertos necesariamente”.

<sup>318</sup> (STS 600/05) “Los propósitos o finalidades que mueven al culpable a reparar el daño carecen de relevancia, por cuanto la atenuación se produce con caracteres marcadamente objetivos, más pendientes del hecho efectivo de aliviar la situación de la víctima, la gran olvidada del derecho penal. Tampoco importaría el origen de la indemnización que se realiza, si no fuera porque así lo impone la mención legal. Ésta debe entenderse en el sentido de que la actividad reparadora dineraria, si no procede exactamente del culpable (es usual que éste sea insolvente), cuando menos será preciso que de su parte medie una intervención o gestión tendente a que tal reparación se produzca, recurriendo a terceros (familiares, amigos, entidades bancarias) de donde obtener los caudales necesarios para efectuar la reparación hasta donde sea posible. Es pues suficiente con la participación activa del culpable, aunque la fuente última de la reparación no provenga de él mismo”.

<sup>319</sup> (STS 1352/03) Si se exigiese la reparación efectiva se produciría el efecto injusto de no atenuar a quien no puede reparar. “La exigencia de la efectividad de la reparación o



6) Reparación no podrá ser insignificante<sup>321</sup>.

7) La reparación parcial exige ciertos elementos para su estimación<sup>322</sup>, sin embargo, mantiene el Tribunal Supremo que no se admitirá cuando el acusado tenga suficientes posibilidades económicas<sup>323</sup>.

---

*disminución de los efectos del delito no debe entenderse como un requisito necesario para estimar la atenuante, pues ello equivaldría en muchas ocasiones a subordinar su apreciación a circunstancias o hechos ajenos al ámbito de disposición del propio sujeto activo y por ello no sería posible individualizar conductas distintas al objeto de disminuir la pena correspondiente”.*

<sup>320</sup> (STS 2068/02) *“La reparación debe ser suficientemente significativa y relevante, pues no se trata de conceder efecto atenuatorio a acciones ficticias, que únicamente pretenden buscar la aminoración de la respuesta punitiva sin contribuir de modo eficiente y significativo a la efectiva reparación del daño ocasionado”.*

<sup>321</sup> Dice el Alto Tribunal que la reparación insignificante *“está más próxima al fraude de ley que al restablecimiento del patrimonio desviado”* (STS 947/03), y sigue estableciendo el Tribunal Supremo que *“han de excluirse aquellas reparaciones que, por su escasa relevancia en relación con el daño total causado y con las posibilidades económicas del autor del hecho punible, no tienen una verdadera entidad”* (STS 1103/09), y *“de forma muy restrictiva y esporádica se ha admitido el efecto atenuatorio de la reparación simbólica”* (STS 398/08).

<sup>322</sup> *“La valoración de una disminución o reparación parcial del daño exige atender a su relevancia objetiva en función de las características del hecho delictivo, del daño ocasionado y de las circunstancias del autor y de la víctima”* (STS 1831/02). *“Hay que tener en cuenta la cantidad a indemnizar y la entregada o consignada, siempre en relación con la capacidad económica del acusado, de modo que, en ocasiones esta Sala ha denegado la aplicación de esta atenuante cuando lo efectivamente aportado se considera irrelevante por su escasa cuantía, mientras que en otras sí la ha apreciado, incluso en alguna con el carácter de muy cualificada. La dificultad se encuentra en determinar el punto de referencia para valorar si esa reparación parcial, por su cuantía, ha de considerarse o no irrelevante a estos efectos”* (STS 314/04).

8) Ha de graduarse según las posibilidades del acusado<sup>324</sup>.

Por último y para finalizar este apartado, enumeramos a continuación todos los preceptos de nuestro Código Penal vigente que incluyen una mención a la reparación. Son los siguientes:

1) Artículo 49<sup>325</sup>.

2) Artículo 80<sup>326</sup>.

---

<sup>323</sup> (STS 571/03) “cuando el acusado es una persona solvente, es decir, que tiene a su alcance, sin grave daño económico para él, la reparación total en el sentido de indemnización de todos los daños y perjuicios producidos por el delito, cuando, además, los hechos ocurridos permiten conocer la cuantía de éstos, entonces cabe denegar la aplicación de esa atenuante”.

<sup>324</sup> (STS 73/05) “La finalidad de esta atenuante la constituye la reparación, total o parcial (pero nunca simbólica) que debe ser graduada conforme a las posibilidades y esfuerzos subjetivos del autor del delito con objeto de minimizar en lo posible sus efectos perjudiciales”.

<sup>325</sup> “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”. (...)

<sup>326</sup> 1. “Los jueces o tribunales, mediante resolución motivada, podrán dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a dos años cuando sea razonable esperar que la ejecución de la pena no sea necesaria para evitar la comisión futura por el penado de nuevos delitos. Para adoptar esta resolución el juez o tribunal valorará las circunstancias del delito cometido, las circunstancias personales del penado, sus antecedentes, su conducta posterior al hecho, en particular su esfuerzo para reparar el daño causado, sus circunstancias familiares y sociales, y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas”. (...) Excepcionalmente,

3) Artículo 84<sup>327</sup>.

4) Artículo 90<sup>328</sup>.

---

aunque no concurren las condiciones 1.<sup>a</sup> y 2.<sup>a</sup> del apartado anterior, y siempre que no se trate de reos habituales, podrá acordarse la suspensión de las penas de prisión que individualmente no excedan de dos años cuando las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado, así lo aconsejen.

*En estos casos, la suspensión se condicionará siempre a la reparación efectiva del daño o la indemnización del perjuicio causado conforme a sus posibilidades físicas y económicas, o al cumplimiento del acuerdo a que se refiere la medida 1.<sup>a</sup> del artículo 84. Asimismo, se impondrá siempre una de las medidas a que se refieren los numerales 2.<sup>a</sup> o 3.<sup>a</sup> del mismo precepto, con una extensión que no podrá ser inferior a la que resulte de aplicar los criterios de conversión fijados en el mismo sobre un quinto de la pena impuesta”.*

<sup>327</sup> 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.<sup>a</sup> El cumplimiento del acuerdo alcanzado por las partes en virtud de mediación. (...) 3.<sup>a</sup> La realización de trabajos en beneficio de la comunidad, especialmente cuando resulte adecuado como forma de reparación simbólica a la vista de las circunstancias del hecho y del autor. La duración de esta prestación de trabajos se determinará por el juez o tribunal en atención a las circunstancias del caso, sin que pueda exceder de la que resulte de computar un día de trabajos por cada día de prisión sobre un límite máximo de dos tercios de su duración”.

<sup>328</sup> 1. “El juez de vigilancia penitenciaria acordará la suspensión de la ejecución del resto de la pena de prisión y concederá la libertad condicional al penado que cumpla los siguientes requisitos (...) A propuesta de Instituciones Penitenciarias y previo informe del Ministerio Fiscal y de las demás partes, cumplidas las circunstancias de las letras a) y c) del apartado anterior, el juez de vigilancia penitenciaria podrá adelantar, una vez extinguida la mitad de la condena, la concesión de la libertad condicional en relación con el plazo previsto en el apartado anterior, hasta un máximo de noventa días por cada año transcurrido de cumplimiento efectivo de condena. Esta medida requerirá que el penado haya desarrollado continuamente las actividades indicadas en la letra b) de este apartado y que acredite,

5) Artículo 110<sup>329</sup>.

6) Artículo 112<sup>330</sup>.

7) Artículo 114<sup>331</sup>.

8) Artículo 126<sup>332</sup>.

9) Artículo 216<sup>333</sup>.

---

*además, la participación efectiva y favorable en programas de reparación a las víctimas o programas de tratamiento o desintoxicación, en su caso”.*

<sup>329</sup> *“La responsabilidad establecida en el artículo anterior comprende: 1.º La restitución. 2.º La reparación del daño. 3.º La indemnización de perjuicios materiales y morales”.*

<sup>330</sup> *“La reparación del daño podrá consistir en obligaciones de dar, de hacer o de no hacer que el Juez o Tribunal establecerá atendiendo a la naturaleza de aquél y a las condiciones personales y patrimoniales del culpable, determinando si han de ser cumplidas por él mismo o pueden ser ejecutadas a su costa”.*

<sup>331</sup> *“Si la víctima hubiere contribuido con su conducta a la producción del daño o perjuicio sufrido, los Jueces o Tribunales podrán moderar el importe de su reparación o indemnización”.*

<sup>332</sup> 1. *“Los pagos que se efectúen por el penado o el responsable civil subsidiario se imputarán por el orden siguiente: 1.º A la reparación del daño causado e indemnización de los perjuicios”. (...)*

<sup>333</sup> *“En los delitos de calumnia o injuria se considera que la reparación del daño comprende también la publicación o divulgación de la sentencia condenatoria, a costa del condenado por tales delitos, en el tiempo y forma que el Juez o Tribunal consideren más adecuado a tal fin, oídas las dos partes”.*

10) Artículo 227<sup>334</sup>.

11) Artículo 378<sup>335</sup>.

Hasta aquí hemos visto la evolución de los estudios sobre la Víctima desde Von HENTIG Y MENDELSON hasta los más actuales de FATTAH, PETERS o BRAITHWAITE, y como su impacto científico en la Ciencias Penales, ha supuesto un desarrollo y una integración de la víctima en la Criminología, e influyendo en la Justicia Restaurativa y el sistema penal. Esto ha propiciado desarrollos legislativos como la reciente Ley del Estatuto de la víctima, que le otorgan un mayor peso en la justicia penal y abre nuevas posibilidades para vías restaurativas antes desconocidas en nuestro ordenamiento jurídico. En el proceso restaurativo, la víctima adquiere un rol esencial y le permite interactuar con el ofensor de una forma dinámica permitiéndole no solo la reparación sino comprender las causas y características de delito sufrido. En el próximo Capítulo III, ahondaremos en las explicaciones criminológicas y victimológicas en la interacción entre los protagonistas del conflicto, víctima y ofensor.

---

<sup>334</sup> (...) 3. *“La reparación del daño procedente del delito comportará siempre el pago de las cuantías adeudadas”.*

<sup>335</sup> *“Los pagos que se efectúen por el penado por uno o varios de los delitos a que se refieren los artículos 361 al 372 se imputarán por el orden siguiente: 1.º A la reparación del daño causado e indemnización de perjuicios”.* (...)



### **CAPÍTULO III**

## **LA INTERRELACIÓN ENTRE VÍCTIMAS Y OFENSORES DESDE LA COMPRENSIÓN DEL FENÓMENO CRIMINAL**

## **1. El fenómeno criminal y el control social como punto de partida de la prevención de la criminalidad**

De acuerdo a la evolución de las Ciencias Sociales que tienen como objeto de estudio social el fenómeno criminal, el delito, la víctima, el delincuente y el control social son cuestiones que se encuentran relacionados y que para su comprensión es necesario abordarlos desde una perspectiva interdisciplinaria<sup>336</sup>.

El punto de partida de la prevención de la criminalidad lo compone el análisis de la relación entre el fenómeno criminal y el control social<sup>337</sup>. Las

---

<sup>336</sup> Vid. ZÚÑIGA, L. (2001); PETERS, T. (1988); NEUMAN, E. (1994); GARRIDO GENOVÉS, V.; REDONDO, S.; STANGELAND, P. (2001); HERRERO, C. (1997); FATTAH, E. (2000); GARCÍA PABLOS, A. (1998).



perspectivas del análisis contemporáneo de este fenómeno, se asientan en entender el delito como una cuestión compleja, donde se produce un intercambio de conocimientos al objeto de comprender la relación entre la sociedad y sus individuos<sup>338</sup>. A medida que evoluciona el conocimiento de la cuestión criminal y su control social, son las Ciencias Sociales, las Ciencias de la Conducta, así como las Ciencias Normativas las que tomarán la responsabilidad de ilustrarnos acerca de que conductas podemos considerar delictivas o desviadas, quiénes son los que tienen responsabilidad en su comisión y cuál es la reacción adecuada que se le debe dar a través de una sanción penal o de significado social<sup>339</sup>.

De otro modo, decidir qué conductas son consideradas como hechos ilícitos en una comunidad y cuál es la reacción que hay que tomar frente a ellos, son decisiones que deben establecerse desde criterios empíricos y valorativos<sup>340</sup>. El orden social se elabora y se aplica por personas en relación con otras, tomando como referencia la concepción del cuadro de valores representado de forma general en esa sociedad. Para poder controlar ese

---

<sup>337</sup> GARCÍA PABLOS, A. (1998), *Manual de Criminología. Introducción y teorías de la criminalidad.*, pág. 45.

<sup>338</sup> TOBAL, M. (1990), *La aproximación conductual al comportamiento delictivo*, pág. 110.

<sup>339</sup> MARTÍN, A., (1987), *Antecedentes en el estudio de la conducta delictiva*, pág. 35.

<sup>340</sup> SANCHA, V., (1987), *Delincuencia. Teoría e investigación*, pág. 145.

orden se elaboran normas y reglas de conductas e instrumentos que lleven a su aseguramiento<sup>341</sup>. Esas normas parten del proceso de socialización.

La socialización es el proceso por el cual el individuo se integra a la Sociedad internalizando y desarrollando pautas de conducta que le llevan a relacionarse con otros individuos de la comunidad. Parte de la madurez de esta socialización se consigue con la implantación de determinadas normas y reglas sociales que pretenden estimular su respeto y por contra, la imposición de sanciones en caso de que éstas se quebranten<sup>342</sup>.

El sistema de normas y mecanismos para asegurar los patrones de comportamiento de la comunidad, es el control social. Por sanción social ha de entenderse cualquier tipo de reacción negativa, por parte de la comunidad, ante una conducta incumplidora de la norma social. Las instancias de este control pueden ser formales o informales<sup>343</sup>.

---

<sup>341</sup> MUÑOZ CONDE, F., (1985), *Derecho Penal y Control Social*, págs. 16 y 17. Como señala el autor, “*el control social es una condición básica de la vida social. Con él se aseguran el cumplimiento de las expectativas de conducta y los intereses contenidos en las normas que rigen la convivencia, confirmándolas y estabilizándolas contrafácticamente, en caso de su frustración o incumplimiento, con la respectiva sanción impuesta en una determinada forma o procedimiento. El control social determina, pues, los límites de la libertad humana en la sociedad, constituyendo, al mismo tiempo, un instrumento de socialización de sus miembros*”.

<sup>342</sup> BAYFIS, R. (2002), *Socialización y Aprendizaje*, pág. 17.

<sup>343</sup> ZÚÑIGA, L. (2001), *Política Criminal*, pág. 20.

Desde que el individuo es sometido al proceso de socialización primaria, se intenta adecuarlo a las normas sociales, de inculcarle la disciplina que le lleve a una mejor convivencia en comunidad, porque en ello surgen instancias de control denominadas informales<sup>344</sup>. Las instancias de control social informal, están representadas por agentes sociales como la familia, la escuela, la universidad, la religión, la profesión, la ocupación laboral, la comunidad...etc.

Dichas instancias son originariamente quienes forman el carácter disciplinado del individuo desde que nace hasta que se desenvuelve ya adulto en la comunidad. Lo hacen por medio de sanciones sociales positivas, como el reconocimiento social o premio por su comportamiento hacia la comunidad, pero también acuden a sanciones negativas, como el aislamiento, la expulsión del grupo o la pérdida de prestigio social. Son en definitiva, agentes informales, porque no están creados para definir qué conducta es la requerida, ni tampoco qué tipo de sanción es la necesaria para responder a su incumplimiento, ya que ello dependerá de la propia comunidad en donde esté integrado el sujeto, su nivel de instrucción, la calidad de vida o el estrato social de donde provenga<sup>345</sup>. Pero lo cierto es que a pesar de este carácter informal, los comportamientos desviados son sancionados.

---

<sup>344</sup> GARCÍA PABLOS, A. (1998), *Manual de Criminología. Introducción y teorías de la criminalidad.*, pág. 55.

<sup>345</sup> ARAUJO, M. (2010), *Los grandes movimientos actuales de política criminal*, pág. 215.

A pesar de que estas instancias informales puedan errar en su objetivo, con carácter general logran de forma eficaz transmitir los cauces por dónde debe trazarse la disciplina social<sup>346</sup>. De hecho, la socialización primaria es esencial para el individuo ya que el proceso de aprendizaje se acompaña e internaliza a través de sentimientos y emociones, fundamentalmente la familia y la escuela consideradas como principales fuentes de socialización.

Hoy en día, de entre los distintos medios de control social informal destacan los medios de comunicación y la redes sociales. Su poder y capacidad de trasmisión de noticias relacionadas concretamente con la criminalidad, producen estereotipos y prejuicios en la comunidad, provocando respuestas de todo tipo en la sociedad respecto el derecho penal.

No obstante, cuando las instancias de control informales no pueden cumplir sus objetivos sobre los individuos de la comunidad, cuando fracasan, entrarán en acción los instrumentos de control formales<sup>347</sup>.

Cuando la sociedad avanza y se transforma en una estructura compleja, se institucionalizan los mecanismos de reacción contra los comportamientos desviados establecidos por los agentes sociales encargados de decidir las conductas que son merecedoras de sanción, así como su imposición y

---

<sup>346</sup> ZÚÑIGA, L. (2001), *Política Criminal*, op cit. pág. 23.

<sup>347</sup> LARRAURI, E, (1999) *El sistema de penas desde una perspectiva reduccionista: Alternativas a la pena de prisión*, en *Política Criminal.*, pág 95.

ejecución <sup>348</sup> . En el campo que nos ocupa, estos instrumentos institucionalizados que funcionan como agentes de control son el Derecho, la Administración de Justicia, la Administración Penitenciaria, los Jueces, Fiscales, Policías y todos los operadores jurídicos que están encargados de decidir, imponer y ejecutar las sanciones<sup>349</sup> .

Dentro de los diversos instrumentos de control social formal, destaca sobre todo el Sistema Penal<sup>350</sup>. El Derecho Penal es el conjunto de normas jurídicas que definen determinadas conductas como delito y disponen la imposición de penas o medidas de seguridad a quienes la cometen,<sup>351</sup> y se

---

<sup>348</sup> GÜNTER, K. (1988) *Criminología*. pág. 29.

<sup>349</sup> ÁLVAREZ, F. J., (2001), *Consideraciones sobre los fines de la pena en el ordenamiento constitucional español*, pág. 56.

<sup>350</sup> Vid. MUÑOZ CONDE, F; GARCÍA ARÁN, M. (2015) *Derecho Penal. Parte General*. págs. 32-33. “*el Derecho Penal tanto en los casos que sanciona, como en la forma de sancionarlos, es pues, violencia, pero no toda la violencia es Derecho penal. La violencia es una característica de todas las instituciones sociales creadas para la defensa o protección de determinados intereses, legítimos o ilegítimos. La violencia es, por tanto, consustancial a todo sistema de control social. Lo que diferencia al Derecho penal de otras instituciones de control social es simplemente la formalización del control, liberándolo, dentro de lo posible, de la espontaneidad, de la sorpresa, del coyunturalismo y de la subjetividad propios de otros sistemas de control social. El control social jurídico penal es, además, un control normativo, es decir, se ejerce a través de un conjunto de normas creadas previamente al efecto.*”

<sup>351</sup> BERDUGO, I; ARROYO, L; GARCÍA, N; FERRÉ, J.C.; SERRANO, J.R, (2010), *Lecciones de Derecho Penal. Parte General.*, pág. 1

configura, por tanto, como un instrumento del Estado para intentar evitar aquellos comportamientos más rechazables por la comunidad.

Por su parte, no puede pasarnos por alto, que la relación entre desviación social y fenómeno criminal es dinámica y cambiante. La desviación social se refiere a una dimensión más amplia que abarca conductas desviadas que no se encuentran tipificadas como delitos y aquellas que sí lo están, siendo por tanto la conducta criminal, el comportamiento más grave de la desviación social<sup>352</sup>.

Una vez que se produce la institucionalización del control social por parte del Estado moderno y éste tiene el absoluto monopolio del *ius puniendi*, se origina el proceso de formalización del control social penal, cuya forma más evolucionada dentro del Derecho, es la Teoría del Delito. Por cada una de sus fases formales o filtros, debe pasar la conducta desviada para que sea finalmente objeto de sanción penal<sup>353</sup>.

---

<sup>352</sup> Vid. MUÑOZ CONDE, F; GARCÍA ARÁN, M. (2005) *Derecho Penal...* op. cit., págs. 33-35. Para los autores no necesariamente debe entenderse como negativas toda forma de desviación social, pues la Historia ha demostrado que muchas de sus formas han propiciado importantes cambios sociales. Los procesos de criminalización y descriminalización suelen aumentar o disminuir las filas de los comportamientos desviados, llegando en muchos casos a convertirse en comportamientos institucionalizados y aceptados por la sociedad.

<sup>353</sup> Vid. BERDUGO, I; ARROYO, L; GARCÍA, N; FERRÉ, J.C.; SERRANO, J.R; BUENO ARÚS, F; CEREZO, J.; JAKOBS, G.; JESCHECK, H.; WEIGEND, T. Hoy en día la evolución de la Teoría del delito ha pasado de analizar los distintos elementos (acción, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad) de un modo formal a responder a dos grandes preguntas: 1ª ¿Es ese el comportamiento que se quiere evitar? y 2ª ¿Es ese comportamiento evitable?.

Desde la Criminología, se realizó una importante crítica en la década de los setenta en donde se cuestionaba su poder de decisión en los procesos de criminalización. Este proceso se realiza en tres fases: la criminalización primaria, corresponde al mecanismo productor de las normas penales; la criminalización secundaria, que corresponde al proceso de aplicación de las normas penales o del proceso penal; y finalmente el proceso de ejecución de la pena y de las medidas de seguridad<sup>354</sup>.

De todas ellas, la criminalización primaria es la más importante, pues en ella se contiene el poder de definición que tiene el legislador, quien eleva a conductas delictivas aquellas anteriormente consideradas conductas desviadas<sup>355</sup>. Como afirma ZÚÑIGA, *“es importante reconocer que esta capacidad es fundamental para la prevención del fenómeno criminal, pues la decisión de que la conducta es criminal y los sujetos criminalizables es la que determinará la selección de los instrumentos para hacerle frente, pues supondrá que los sujetos que la cometan son susceptibles de ingresar en el sistema penal”*.<sup>356</sup>

---

<sup>354</sup> BARATTA, A. (2000), *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, págs. 68-70.

<sup>355</sup> ZÚÑIGA, L. (2001), *Política Criminal*. pág. 144. Para la autora *“es importante reconocer que esta capacidad es fundamental para la prevención del fenómeno criminal, pues la decisión de que la conducta es criminal y los sujetos criminalizables es la que determinará la selección de los instrumentos para hacerle frente, pues supondrá que los sujetos que la cometan son susceptibles de ingresar en el sistema penal”*.

Los presupuestos de la responsabilidad penal descansan en una serie de principios que se han ido consolidando a lo largo del propio desarrollo y evolución del Derecho Penal, los cuales son expresión de unas determinadas relaciones sociales. Estos principios son los que determinan el ámbito de selección de las conductas desviadas que serán después definidas como conductas con reproche penal<sup>357</sup>. Las dos categorías valorativas que determinan que a un sujeto se le pueda imponer una pena son el injusto y culpabilidad. La primera es una valoración sobre la conducta considerada que delictiva; la segunda, la culpabilidad, es una valoración sobre el sujeto que ha cometido el delito. Ambas categorías son necesarias para la imposición de una pena, por lo que es necesario que se presenten ambos desvalores para que un sujeto sea declarado responsable penalmente<sup>358</sup>.

De ahí que no es posible enjuiciar la oportunidad y la eficacia del Derecho Penal sólo desde el estricto prisma del conocimiento jurídico, sino que habrá que tener en cuenta además, su integración en los otros medios de control social, tanto formales como informales. Para tomar una decisión político criminal sobre la conveniencia de la intervención penal o la preferencia de otros

---

<sup>357</sup> LARRAURI, E. (1991), *La herencia de la criminología crítica*, pág. 123.

<sup>358</sup> MUÑOZ CONDE, F; GARCÍA ARÁN, M. (2005), *Derecho Penal...* op. cit. pág. 34-36. “*El sistema jurídico penal ocupa un lugar secundario, puramente confirmador y asegurador de otras instancias mucho más sutiles y eficaces (...) el Derecho Penal como un todo, sólo tiene sentido si se le considera como la continuación de un conjunto de instituciones, públicas y privadas (familia, escuela, formación profesional, etc.), cuya tarea consiste igualmente en socializar*”.



mecanismos de control social, debe analizarse el recurso a la sanción penal como un medio para buscar la prevención de la criminalidad<sup>359</sup>. Junto con la criminalización primaria aparece la criminalización secundaria<sup>360</sup> y el proceso de imposición de la pena, que va más allá del Derecho Penal.

Finalmente el proceso de criminalización puede tener un tercer nivel, el referido a la imposición la pena privativa de libertad. La propia ejecutoria penal en donde se la da efectivo cumplimiento a la pena de prisión, puede ser a la vez un instrumento de control pues a veces el Poder Ejecutivo utiliza diversas estrategias y políticas penitenciarias (libertad condicional, dispersión de presos, sustitutivos penales, indultos o subvertir su aplicación) con fines preventivos especiales<sup>361</sup>.

Más allá de una visión puramente localista, en el ámbito de la lucha contra la criminalidad moderna, que se ha vuelto sofisticada, tecnológica, transnacional, compleja y organizada, no puede negarse que se requiere de

---

<sup>359</sup> ZÚÑIGA, L. (2001) *Política...* op. cit., pág. 145. “*hoy en día se nos plantea a los penalistas el reto de plantear soluciones sistemáticas respetuosas de los principios en que se asienta el edificio dogmático, legalidad, lesividad, culpabilidad, pero que sean eficaces para hacer frente con realismo y contundencia a la criminalidad*”.

<sup>360</sup> ZUÑIGA, L. *Ibidem*, pág. 147. Define Zúñiga la criminalización secundaria como “*el poder de asignación a través del cual la calidad de delincuente es impuesta a ciertas personas por quienes aplican la ley (policía, fiscales, jueces, etc.)*”. Son éstos los que verdaderamente aplican la ley penal y en quienes recae la mayor parte de la responsabilidad en la prevención de la delincuencia.

<sup>361</sup> CASAL, J.M. (2005), *Derechos humanos, equidad y acceso a la justicia*, pág. 98.

redes interdisciplinarias en la que puedan converger distintos conocimientos del fenómeno criminal<sup>362</sup>.

Los programas, sistemas e instrumentos que tengan por objeto la lucha contra la criminalidad que se encuentren aislados en el saber penal, sin abrir su campo de miras a otras disciplinas, están condenados a fracasar<sup>363</sup>. En el siguiente apartado desarrollaremos el recorrido que ha tenido el estudio de la criminalidad y fenómeno criminal desde la Criminología.

---

<sup>362</sup> GARLAND, D. (2005), *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, pág. 48.

<sup>363</sup> GARCÍA PABLOS, A. (1998), *Manual de Criminología. Introducción y teorías de la criminalidad*, pág. 44. Sobre esta cuestión señala el autor que “*hoy nuevamente, aunque no sobre presupuestos positivistas, sino de la racionalidad funcional de la resolución de los problemas en todo saber, se propone una visión totalizadora del fenómeno criminal. Porque las decisiones últimas de cuáles son las causas que lo generan, cómo afrontarlo, cuál es el fin de Sociedad que queremos alcanzar, son decisiones valorativas, políticas, económicas, sociales, es preciso reconocer que el delito y, sobre todo la determinación de qué conducta penalizamos y a quiénes hacemos responder por ello, es una imputación social, una construcción conceptual para vivir mejor en Sociedad, una categoría que se fundamenta en necesidades y utilidades sociales, y no en criterios absolutos de verdad o de justicia. En esa dirección, y porque la determinación del fenómeno criminal, de la criminalidad o del delito es una construcción social, un problema político y social, todos los conocimientos que puedan ayudar a comprenderlo, a resolverlo, a contrarrestar sus efectos en la Sociedad, tienen buena acogida para entender el fenómeno criminal*”.

## **2. Explicaciones a la criminalidad y el fenómeno criminal desde la Criminología.**

Los principales estudios criminológicos que han tenido como objeto principal la criminalidad<sup>364</sup> y el fenómeno criminal<sup>365</sup> se han realizado en función de cuatro categorías: 1) las teorías de las diferencias individuales en la comisión de delitos; 2) las teorías explicativas del delito con relación a los cambios en el ciclo vital; 3) las teorías de la diversidad de las tasas de criminalidad y 4) las teorías sobre diferencias en las conductas criminales situacionales.

### **2.1. Teorías de las diferencias individuales en la comisión de delitos**

Lo elementos centrales que conforman los estudios de las teorías de las diferencias individuales en la conducta criminal son: a) Elementos biológicos; b) Aprendizaje; c) Frustración; d) Identidad; e) Elección racional; f) Control Social.

---

<sup>364</sup> GÖPPINGER, H. (1975), *Criminología*, pág.18 El autor entiende por Criminalidad “*el volumen de infracciones penales cometidas por individuos o por una colectividad en un momento determinado y en una zona determinada*”.

<sup>365</sup> es la interrelación del comportamiento desviado, sus consecuencias, de su autor y de la víctima.

## a) Elementos Biológicos.

Este elemento de estudio dominó el objeto central de las teorías hasta mediados del siglo XX. Comenzando por las teorías de Lombroso<sup>366</sup>, pero abarcando también el Psicoanálisis y otros argumentos psicológicos, la conducta criminal fue atribuida a defectos personales, ya fueran físicos o psíquicos. Las deficiencias fueron atribuidas a la herencia genética, a influencias dañinas como el nacimiento prematuro o el envenenamiento ambiental y a las experiencias de vida que distorsionan el desarrollo psíquico o social<sup>367</sup>. La mayor parte de los criminólogos reconocen actualmente que los defectos personales son importantes, pero que estos interactúan con otras variables explicativas, de modo que poner la atención en los defectos personales que tienen una génesis patológica, generalmente no es suficiente para general el delito, y por tanto hay que relacionarla con otros aspectos<sup>368</sup>.

---

<sup>366</sup> Vid. GARCÍA PABLOS, A. (1998), *Manual de Criminología. Introducción y teorías de la criminalidad*. Lombroso creía que la evolución humana y la forma en que el hombre fue cambiando, eran las claves para estudiar los actos criminales y, de cierta forma, evitar que ocurrieran trabajando sobre el individuo. Sus estudios, lo llevaron a elaborar la llamada "teoría del criminal nato", que describe características físicas y biológicas de aquellos que nacen pre-dispuestos a ser criminales.

<sup>367</sup> ADLER, F.; LAUFER, W (1995), *Advances in criminological theory: The legacy of anomie*. Vol. 6, pág. 44.

<sup>368</sup> RAINE, A. (1993), *The psychopathology of crime: Criminal behavior as a clinical disorder*. pág. 96.

Estas características las pone de manifiesto MOFFITT<sup>369</sup> en su “Teoría de las dos trayectorias”. La teoría identifica dos patrones causales de la conducta desviada, el primero caracteriza al transgresor que persiste en el delito durante toda su vida, el segundo, es ejemplificado por el delincuente juvenil, quien no comienza a transgredir hasta la mediana o tardía adolescencia y típicamente se detiene en la adultez temprana, estos patrones irían conectados con deficiencias de origen biológico.

Estas corrientes, vinculan los defectos personales del sujeto a otros procesos, como el aprendizaje, el control social y los patrones culturales de los cambios de edad. No obstante, este planteamiento teórico sería aún más efectivo si incorporara, por ejemplo, procesos causales resaltados por las teorías de la frustración y la identidad, dando explicación a cómo los procesos que identifica en su teoría, están condicionados por las circunstancias sociales y situacionales<sup>370</sup>.

#### b) Aspectos del Aprendizaje

Las explicaciones del crimen como producto del aprendizaje emergieron para contradecir las afirmaciones simplistas sobre los defectos personales que dominaron el pensamiento en los inicios del siglo veinte. Desde entonces,

---

<sup>369</sup> MOFFITT, T. (1994), “Neuro-psychological tests predicting persistent male delinquency”. *Criminology* N° 32., págs. 277–302.

<sup>370</sup> GARCÍA PABLOS, A. (1998), *Manual de...op. cit.* pág. 309.

numerosos pensadores<sup>371</sup> han explicado la conducta criminal como una expresión de valores, actitudes, habilidades y estándares normativos criminógenos internalizados, teorizando que el aprendizaje nace de condicionamientos y refuerzos, o por imitación. En las teorías del aprendizaje, cuando una acción produce más recompensas que costes, se repite y se entiende por tanto que ha sido reforzada.

A través de la repetición y el continuo refuerzo, los patrones de conducta son fijados y se vuelven predecibles, y algunas veces, cuando los refuerzos son acompañados por estímulos verbales o de otra clase, ciertas actitudes, habilidades y valores son también aprendidos, de tal manera que activan entonces las conductas conectadas a ellos.

Estas teorías sugieren que para explicar y predecir las conductas criminales, sólo se tiene que comprender el patrón y la dimensión del refuerzo a los que la persona ha sido expuesta<sup>372</sup>.

Un grupo de teóricos del aprendizaje<sup>373</sup> resaltaron que este podía estar vinculado a factores genéticamente determinados o a procesos biológicos, sosteniendo que ciertos rasgos de personalidad, tales como la impulsividad,

---

<sup>371</sup> Vid. SUTHERLAND, E. (1924); AKERS, R. (1998); CONGER, R. (1997); SIMONS, R. (1998).

<sup>372</sup> Vid. SUTHERLAND, E. (1924) *Criminology*.

<sup>373</sup> Vid. BANDURA, A. (1977); WILSON, J. (1985).

podían producir en ciertas personas una disminución de la percepción de las consecuencias negativas de su comportamiento delictivo.

### c) Sentimientos de Frustración

Las teorías basadas en la *frustración*<sup>374</sup> se basan en la importancia que tiene el efecto de experiencias o circunstancias de preocupación, privación y frustración. Cuando los individuos experimentan problemas como el fracaso social, o la extrema pobreza, buscan en la conducta criminal un alivio a la situación desfavorable por la que pasan. Los teóricos no han aclarado si la frustración predispone directamente a la conducta criminal o por el contrario, si necesita de otros factores para que se generen las conductas ilegales.

### d) Cuestiones de Identidad

Un cuarto motivo de explicación de las diferencias individuales se centra en la formación, el mantenimiento y el cambio en las identidades personales. Esta teoría consta en realidad de dos partes, una enfocada en la aplicación de las reglas y la otra en las reacciones al control social. Quizás sea la “teoría del etiquetamiento”<sup>375</sup> la más conocida entre ellas, por sugerir que la desviación es

---

<sup>374</sup> Vid. AGNEW, R. (1992) . *An empirical test of general strain theory*.

<sup>375</sup> Vid. GÜNTER, K. (1988) *Criminología*. La teoría del etiquetamiento (*labelling approach*) también llamada de la reacción social, revolucionó en su momento los círculos intelectuales al otorgar relevancia a los mecanismos de control de la sociedad como los auténticos creadores de la conducta antisocial, en abierta oposición a los estudios imperantes que, volcados en el estudio

problemática y negociable; y que aquéllos que no tienen poder, ni recursos, son más fácilmente procesados y estigmatizados oficialmente<sup>376</sup>.

Todas estas teorías, explican la conducta criminal como una consecuencia de la importancia de auto concepto. El crimen a veces refleja en el sujeto que lo comete, una pobre autoestima, y otras veces, es una forma de sobrellevar actitudes negativas hacia sí mismo. Por otro lado, la conducta criminal ha sido interpretada como una forma de lograr y mantener una identidad prestigiosa o como una adaptación a una identidad estigmatizada.

Cuando estas influencias producen evaluaciones negativas sobre uno mismo, el compromiso de las personas con el sistema normativo en el cual se encuentran radicadas se debilita, y, por ello, se motivan para violar sus reglas. El impulso hacia la conducta criminal proviene, por tanto, de la combinación de la ausencia o debilitación del deseo de actuar conforme a las normas de un contexto social adverso, y las posibilidades que podrían mejorar la autoestima personal<sup>377</sup>.

---

del delincuente, no prestaban atención a los problemas del control social, ni cuestionaban las definiciones otorgadas por las normas, ni criticaban el funcionamiento del sistema ni la aplicación normativa a la realidad social. Por el contrario, el objeto central del análisis del fenómeno criminal en el “etiquetamiento” es precisamente la acción del control social, su comportamiento selectivo y su impacto en el sujeto sobre el que actúan.

<sup>376</sup> Vid. BECKER, H. (1963), *Outsiders: Studies in the sociology of deviance*.

<sup>377</sup> GARCÍA PABLOS, A. (1998), *Manual de Criminología. Introducción y teorías de la criminalidad*, págs. 581-600.



#### e) Elecciones racionales

La idea de la elección racional parte de la creencia de que las personas ponderan los potenciales beneficios frente a los posibles costes y decidiendo de manera racional si cometer el delito o no<sup>378</sup>.

#### f) Argumentos de Control Social

El argumento central de las “teorías del control” en el que se aborda la explicación de la conducta criminal individual hace hincapié en los efectos inhibitorios que puede tener la integración social o psicológica con otros factores cuya potencial respuesta negativa, vigilancia o expectativas, regula o reduce los impulsos criminales<sup>379</sup>. El máximo exponente del razonamiento teórico de esta corriente fue Hirschi<sup>380</sup>. El autor considera que aquellas personas con fuertes lazos con grupos sociales o institucionales son menos propensas a violar la ley porque tienen menos libertad para hacerlo. De acuerdo a su síntesis, la libertad proviene de cuatro fuentes: 1) La ausencia de preocupación sobre lo que otras personas piensan ante una posible conducta desviada; 2) El no compartir creencias morales; 3) Las inversiones limitadas de

---

<sup>378</sup> Vid. ANDENAES, J., (1974), *Punishment and deterrence*.

<sup>379</sup> Vid. DURKHEIM, E., (1951), *Suicide: A study in sociology*.

<sup>380</sup> Vid. HIRSCHI, T., (1969), *Causes of delinquency*.

tiempo y esfuerzo en tratar de obtener metas convencionales; 4) El no estar involucrado en actividades convencionales que requieren un sacrificio personal.

## **2.2. Teorías explicativas del delito con relación a los cambios en el ciclo vital**

A pesar de que la mayor parte del trabajo teórico se ha detenido en las diferencias entre los individuos, los criminólogos también se han centrado en la propensión a la criminalidad y sus variaciones a lo largo de la vida<sup>381</sup>. Los problemas del desarrollo individual siempre fueron objeto de preocupación por parte de la Criminología<sup>382</sup> e identificaron una cantidad de parámetros sobre la comisión de delitos en el ciclo vital, como la edad de inicio en la delincuencia, las tasas de comisión delictiva en distintos periodos de la vida del autor, la extensión de las carreras criminales o el final de estas. De entre todas ellas nos vamos a detener en dos teorías por ser las más relevantes.

---

<sup>381</sup> DE SOLA, A., (1983,) "Política social y política criminal". *El Pensamiento Criminológico II. Estado y Control*. BERGALLI, R. (coord.) ; BUSTOS J. (coord.) págs. 247-252.

<sup>382</sup> Vid. LE BLANC, M. (1997); BLUMSTEIN, A. (1988).

## a) Teoría de las dos trayectorias

Esta teoría integrada en el grupo de explicaciones de la criminalidad desde el “ciclo vital”, parten del planteamiento de que los adolescentes comienzan a desear la misma libertad en su vidas que los adultos pero no les es posible alcanzarla legítimamente debido a la naturaleza de la sociedad moderna. En un determinado momento de sus vidas, estos adolescentes son influidos por jóvenes que ya han tenido experiencias delictivas. En un periodo posterior en sus vidas, los infractores que delinquieron en la adolescencia, ganan su autonomía como adultos y son conscientes de que los costes de las malas conductas son demasiado grandes<sup>383</sup>.

Esta teoría combina ideas sobre los problemas personales en la niñez con ideas del período adolescente. No obstante, aun teniendo cierto sustento empírico<sup>384</sup> la hipótesis crucial de la imitación no ha sido confirmada. De hecho, esta teoría no explica otros patrones posibles de conducta del ciclo vital como el de los jóvenes que se desvían de las trayectorias típicas que la mayoría de los adolescentes toman o el de individuos que, sin embargo, se comportan dentro de los patrones convencionales<sup>385</sup>.

---

<sup>383</sup> Vid. GREENBERG, S. (1982), *Safe and secure neighborhoods: Physical characteristics and informal territorial control in high and low crime neighborhoods*.

<sup>384</sup> MOFFITT, T.(1994) *Neuro-psychological...* op. cit. págs. 277–302.

<sup>385</sup> Vid. SEBALD, H. (1992) *Adolescence: A social psychological analysis*.

## b) La teoría de la gradación por la edad

Una descripción más detallada de las variaciones en el curso de la vida ha sido estudiada por otros criminólogos<sup>386</sup>, quienes introdujeron en la discusión de los problemas del desarrollo individual ideas sobre el control social informal. Esta teoría enfatiza sobre que los patrones de las carreras criminales son fundamentalmente una consecuencia de la naturaleza y la calidad de los lazos sociales de un individuo. Se parte del planteamiento de que el curso de la vida es un conjunto probabilístico de vínculos y sostiene que las personas difieren en el aspecto humano y social, lo que puede influir en el comportamiento delictivo.

En función del nivel de fortaleza de esos vínculos, la persona comenzará o no su carrera delictiva<sup>387</sup>. No obstante, han surgido otros intentos<sup>388</sup> de identificar las causas de los cambios o de la estabilidad a lo largo de la vida como efectos para iniciarse en la delincuencia y de cómo afectan a las

---

<sup>386</sup> Vid. SAMPSON, R. (1997); LAUB, J. (1993).

<sup>387</sup> GARCÍA PABLOS, A., (1998), *Manual de Criminología. Introducción y teorías de la criminalidad*, pág. 643.

<sup>388</sup> Vid. THORNBERRY, T. (1997), *Developmental theories of crime and delinquency*.

diferencias individuales y a las variaciones en el curso de la vida de un individuo<sup>389</sup>.

Sin embargo esta idea no es pacífica, ya que ciertas tendencias<sup>390</sup> recientes, sugieren que las teorías de la conducta criminal deben en la actualidad hacer algo más que explicar las diferencias entre los individuos, introduciendo elementos de estudio que desvelen el por qué la conducta delictiva es más probable en diferentes momentos de la vida, así como el modo en el que esos patrones difieren entre individuos y en diferentes contextos sociales<sup>391</sup>.

---

<sup>389</sup> Vid. LE BLANC, M., (1997), *A generic control theory of the criminal phenomenon: The structural and dynamic statements of an integrative multilayered control theory. Endevelopmental theories of crime and delinquency.*

<sup>390</sup> Vid. LONDON, R. (2011), *Crime, Punishment, and Restorative Justice: From the Margins to the Mainstream.*

<sup>391</sup> DE SOLA, A., (1983), “Política social y política criminal”. *El Pensamiento Criminológico II. Estado y Control.* BERGALLI, R. (coord.) ; BUSTOS J. (coord.) págs. 260.

### **2.3. Teorías explicativas las variaciones en las tasas de criminalidad**

Una tercera línea de teorización importante en Criminología trata de explicar por qué las tasas de criminalidad varían de una sociedad a otra o entre grupos de distintas comunidades. En términos generales, estas teorías pueden dividirse en tres categorías: a) Las “exclusivas”, que se centran únicamente en los fenómenos y procesos macrosociales; b) Las “mixtas”, que se aplican en el nivel macrosocial, pero que tienen importancia en el ámbito individual; c) Las de ámbito “individual”. Pasamos a ver de forma sucinta cada una de estas teorías. Sin embargo, antes debemos señalar que esas teorías tomadas de manera individual no explican de una manera satisfactoria la cuestión planteada sobre las variables en las tasas de criminalidad de una sociedad o grupo social a otro. El hecho criminal, como hemos señalado anteriormente, es un fenómeno complejo, multívico y dinámico, que sólo puede explicarse por la convergencia de múltiples factores sociales, físicos, psicológicos y ambientales.

## **a) Categorías “exclusivas”**

### ***Desorganización social/integración***

Los estudios de Ecología Humana<sup>392</sup> basados en estas categorías, sostienen que en las ciudades hay más criminalidad que en poblaciones más pequeñas, manteniendo como factores a tener en cuenta la heterogeneidad y las dificultades para establecer relaciones sociales como consecuencia del ritmo trepidante del día a día. Estas relaciones estrechas, al ser inexistentes, no podrán ejercer influencia en el freno de los comportamientos delictivos. Desde esta perspectiva las ciudades y las comunidades deterioradas e inestables no sólo experimentan elevados niveles de criminalidad por su débil capacidad de regular las conductas, sino también, porque contienen modelos de roles no convencionales que estimulan la motivación criminal. De este

---

<sup>392</sup> Vid. MARTEN, G., (2012), *Ecología Humana*. Según el autor, la ecología humana trata las relaciones entre las personas y el medio ambiente. El medio ambiente, en la ecología humana se percibe como un ecosistema, a su vez, un ecosistema es todo lo que existe en un área determinada (aire, suelo, agua, organismos vivos y las estructuras físicas, incluyendo todo lo construido por el ser humano). Las porciones vivas de un ecosistema (microorganismos, plantas, animales y seres humanos), son su comunidad biológica. Los seres humanos por tanto interactúan con todo el ecosistema de tal forma que la población y su organización social, moldean el comportamiento del individuo. El sistema social es un concepto central en la ecología humana porque las actividades humanas que ejercen algún impacto sobre los ecosistemas están fuertemente influenciadas por la sociedad en que viven las personas. Los valores y conocimientos determinan la manera en que procesamos e interpretamos la información y cómo la traducimos en acción.

modo, gran parte de los residentes de las unidades ecológicas desorganizadas estarían abocadas hacia a la delincuencia<sup>393</sup>.

Más allá del impulso que la teoría básica de la desorganización social le dio a los estudios sobre la relación de los aspectos urbanos y la criminalidad, ésta fue considerada como defectuosa y fue fuertemente criticada, especialmente por obviar las diferencias en las influencias ecológicas e individuales. Al tiempo que se le reprochó exagerar las patologías urbanas, sobreestimando los niveles de aislamiento y desechando otras fuentes de la conducta criminal.<sup>394</sup>

### ***Actividades cotidianas***

Una segunda línea de pensamiento para explicar las variaciones en las tasas de criminalidad entre unidades sociales, diversas surgió hacia finales de los años 70 del pasado siglo<sup>395</sup>. La Teoría de las Actividades Cotidianas<sup>396</sup>, también llamada Teoría de las Oportunidades, sostiene que las tasas de criminalidad reflejan tres variables específicas que se distribuyen en tiempo y espacio: el delito se produce cuando convergen infractores motivados,

---

<sup>393</sup> BARATTA, A., (2000), *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, pág. 98.

<sup>394</sup> GARCÍA PABLOS, A. (1998), *Manual de Criminología...* op. cit. págs. 678 y ss.

<sup>395</sup> LARRAURI, E. (1991), *La herencia de la criminología crítica.*, págs. 76 y ss.

<sup>396</sup> Vid. COHEN, A. (1976), *Deviance and control*.



objetivos atractivos y ausencia de vigilancia. El hecho de que las tres variables converjan o no, refleja presumiblemente cómo las personas conducen sus vidas y realizan sus actividades en un contexto social determinado.

Dado que la teoría no especifica qué tipo de actividades cotidianas pueden ser relevantes para el delito, su desarrollo <sup>397</sup> ha consistido principalmente en identificar aquellas que realmente afectan a las tasas de criminalidad y que muestran la existencia de vínculos entre las actividades cotidianas, el control informal y la organización comunitaria. No obstante, la teoría puede ser mejorada a partir de la incorporación de otros elementos, ya que el descuido de los argumentos causales sobre el porqué de las posibles variaciones en la motivación hacia la criminalidad representa una deficiencia particularmente importante <sup>398</sup>.

### **Conflicto**

Los procesos causales y las variables de las teorías de nivel macro revisadas hasta ahora presentan algunas similitudes. Sin embargo, en la década de los años 60 del pasado siglo se produjo un cambio sustancial cuando criminólogos e investigadores <sup>399</sup> del “conflicto”, de orientación

---

<sup>397</sup> Vid. FELSON, M. (1998), *Crime and everyday life*.

<sup>398</sup> GARCÍA PABLOS, A., (1998), *Manual de Criminología...op. cit. pág.. 680*.

<sup>399</sup> Vid. BONGER, W. (1966); QUINNEY, R. (1969).

marxista, intentaron explicar las variaciones en las tasas de criminalidad, centrándose en las condiciones estructurales de los sistemas económicos basados en la competencia de origen capitalista, que simultáneamente motivan a los individuos hacia el crimen y lo “desmoralizan” liberándolos así de las coerciones que frenan sus impulsos criminales<sup>400</sup>. A su vez, las tasas de criminalidad dentro de una sociedad determinada, reflejarían las decisiones económicas capitalistas y las consecuencias para los trabajadores. No obstante, esta teoría no ha incorporado las variables vinculadas a la toma de decisiones políticas y económicas que están en el corazón de las teorías marxistas del conflicto, en cambio, han dedicado sus esfuerzos a precisar las manifestaciones específicas de las actividades capitalistas que afectan a las tasas de criminalidad<sup>401</sup>.

## **b) Categorías “mixtas”**

### ***Anomia***

Quizás de las teorías criminológicas más influyentes sea la enunciada por MERTON<sup>402</sup>. Su formulación de la anomia se inspiró en las observaciones de

---

<sup>400</sup> LARRAURI, E. (1991), *La herencia de la criminología crítica*, pág. 81.

<sup>401</sup> VILLAVICENCIO, J. (2000), *Introducción a la Criminología*, pág. 214.

<sup>402</sup> *Vid.* MERTON, R. (1957), *Social structure and anomie*. En *Social theory and social structure*.

DURKHEIM<sup>403</sup> acerca del suicidio y su aumento en los períodos de cambios sociales, cuando se rompen las normas que guían la conducta de las personas. MERTON extendió esta noción de ausencia de normas y la aplicó a sociedades en las cuales las metas no son acordes a las realidades objetivas de la vida.

En este sentido, las entidades sociales pueden ser clasificadas en función de sus énfasis relativos a las metas que sus miembros deben procurar alcanzar en comparación con los medios disponibles, de tal forma que desde esta teoría, se proponen dos tipos de sociedades: aquellas que se encuentran organizadas y equilibradas (sociedades no anómicas) y aquellas que se caracterizan por su desorganización y desequilibrio (sociedades anómicas). Estas últimas producen tasas de desviación más altas porque las personas no saben lo que se supone deben tratar de lograr, porque desconocen cómo hacerlo y además carecen de los medios y recursos para cumplir aquello que se espera de ellos. En otras palabras, los miembros de una sociedad anómica padecen frustración, que podrá ser el detonante para la aparición de la conducta delictiva<sup>404</sup>.

---

<sup>403</sup> DURKHEIM, E. (1951), *Suicide: A study in sociology*.

<sup>404</sup> GARCÍA PABLOS, A.(1998) *Manual de Criminología...*op. cit. pág. 682.

## **Desafío**

La Teoría del Desafío de SHERMAN<sup>405</sup> intentó explicar por qué las sanciones impuestas a los individuos a veces disuaden, a veces no tienen efectos y otras logran el efecto contrario al deseado. Esta teoría sostiene que todas las sociedades imponen o amenazan con sanciones negativas para aquellos comportamientos delictivos, así como que el éxito disuasorio de la sanción tiene consecuencias sobre las tasas de criminalidad.

La disuasión para ser efectiva, debe reunir tres condiciones que deben converger al tiempo: 1) Las sanciones deben ser impuestas con el debido respeto a la dignidad del supuesto infractor; 2) Los receptores de las sanciones deben estar ligados a la comunidad o sociedad cuyos representantes les imponen las sanciones; 3) Los infractores deben ser capaces de aceptar las consecuencias que implican las sanciones y, por tanto, motivarse con la reintegración en la sociedad.

Según esta teoría, las tasas de criminalidad variarán en función de cómo se den o no típicamente estas tres condiciones<sup>406</sup>. A pesar de que esta teorización podría tener viabilidad práctica, no está totalmente articulada y no

---

<sup>405</sup> SHERMAN, L. (1993) *Defiance, deterrence, and irrelevance: A theory of the criminal sanction*.

<sup>406</sup> LARRAURI, E., (1991), *La herencia de la criminología crítica*, pág. 85.

ha incorporado elementos explicativos para dar cuenta de los actos ilícitos iniciales que pueden traer aparejadas sanciones penales<sup>407</sup>.

### ***Aprendizaje social***

Mientras la Teoría del Aprendizaje Social explica principalmente la conducta de los individuos, algunos teóricos la han usado también para intentar explicar las variaciones de las tasas de criminalidad entre diversas entidades sociales<sup>408</sup>. SUTHERLAND<sup>409</sup> introdujo la idea de la “organización social diferencial<sup>410</sup>” con este propósito y asumiendo que un contexto cultural heterogéneo necesariamente implica que los mensajes favorables al crimen exceden a los desfavorables con respecto a una gran cantidad de individuos. Esta teoría está, sin embargo, pendiente de desarrollar, ya que no explica cómo los esquemas estructurales se mezclan con los aprendizajes diferenciales para producir en algunas comunidades sociales tasas de criminalidad más altas que en otras<sup>411</sup>.

---

<sup>407</sup> VILLAVICENCIO, J., (2000), *Introducción a la Criminología*, pág. 218.

<sup>408</sup> BARATTA, A., (2000), *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, pág. 123.

<sup>409</sup> *Vid.* SUTHERLAND, E., (1924), *Criminology*.

<sup>410</sup> Teoría general del delito y la delincuencia que explica cómo los marginados han llegado a aprender las motivaciones y los conocimientos técnicos para cometer actividades criminales. *Vid.* SUTHERLAND, E. (1924), *Criminology*.

<sup>411</sup> GARCÍA PABLOS, A. (1988), *Manual de Criminología...op. cit.* pág. 686.

## ***Privación del derecho***

La Teoría de las Variaciones<sup>412</sup> parte de un patrón de desarrollo enraizado en las teorías de la desorganización social y propone que las tasas de criminalidad varían inversamente a la posibilidad de acceder al sistema penal para resolver las disputas. Las decisiones legales no serían imparciales, porque estarían en realidad ligadas a líneas de estatus sociales y grupos de poder cercanos a las autoridades estatales que ostentan el monopolio de su uso<sup>413</sup>.

### **c) Categorías individuales**

Según estas teorías, las mismas explicaciones macrosociales de la criminalidad pueden emplearse también al ámbito individual o micro. Sin embargo, han recibido numerosas críticas ya que ningún proceso de nivel individual puede por sí sólo promover una adecuada explicación a nivel macro<sup>414</sup>, pasando por alto la potencial interconexión entre los fenómenos estructurales y la conducta individual<sup>415</sup>.

---

<sup>412</sup> Vid. BLACK, D. (1983), *Crime as social control*.

<sup>413</sup> GARCÍA PABLOS, A.(1988), *Manual de Criminología...op. cit.* pág. 687.

<sup>414</sup> SANCHA, V. (1987), *Delincuencia. Teoría e investigación*. pág. 55.

<sup>415</sup> LARRAURI, E. (1991), *La herencia...op. cit.* pág. 88.

## 2.4. Teorías sobre diferencias en las conductas criminales situacionales

Estas teorías apuntan a que cuando existe posibilidad de que se produzca la criminalidad, ésta no siempre se materializa y, ocasionalmente, cuando incluso nadie esperaría una conducta criminal, ésta sin embargo se produce<sup>416</sup>. Más allá de estas observaciones, estos planteamientos teóricos no han mostrado un alto grado de desarrollo.

Sin embargo, se han producido algunos esfuerzos para explicar por qué el crimen emerge en ciertas situaciones y no en otras<sup>417</sup>, prestando atención a los contextos en donde convergen diferentes estímulos físicos y sociales y su incidencia en la conducta criminal de los individuos. El desafío de estas teorías ha sido identificar los aspectos relevantes que entran en juego y explicar cómo y por qué esos aspectos se conectan, ya sea para producir una conducta criminal o no<sup>418</sup>.

---

<sup>416</sup> BARATTA, A., (2000), *Criminología crítica...*op. cit. pág. 129.

<sup>417</sup> Vid. LAFREE, G., (1991), *The neglected situation: A study of the situational characteristics of crime.*

<sup>418</sup> SANCHA, V. , (1987), *Delincuencia. Teoría e investigación*, pág. 57.

## ***Interaccionismo simbólico***

Un componente central en el comportamiento delictivo es la interacción entre dos o más personas<sup>419</sup>. La teoría del interaccionismo simbólico se centra en los patrones de respuesta secuencial y recíproca en función de los cuales las personas interactuantes ajustan sus conductas, registran las respuestas a sus acciones, interpretan los significados de esas respuestas, y así adaptan sus próximas acciones de acuerdo con esas interpretaciones<sup>420</sup>. Un proceso central<sup>421</sup> que presumiblemente guía estas secuencias de acciones es el anhelo individual de ganar o preservar un sentido significativo de sí mismo. Estas interacciones si amenazan la identidad deseada, pueden llevar hacia conductas ilegales incluso cuando no se tenían originalmente intenciones criminales y las características que conforman esa interacción pueden determinar la extensión y la forma específica de la conducta delictiva<sup>422</sup>.

---

<sup>419</sup> Vid. MATSUEDA, R. (1997), *A symbolic interactionist theory of role transitions, role commitments, and delinquency*.

<sup>420</sup> GARCÍA PABLOS, A. ,(1988), *Manual de Criminología...*op. cit., pág. 553.

<sup>421</sup> Vid. KAPLAN, H., (1995), *Deviant behavior in defense of self*.

<sup>422</sup> Vid. LUCKENBILL, D., (1989), *Structural position and violence: Developing a cultural explanation*.



## ***Oportunidad***

Una segunda línea de trabajo, ha sido guiada por los mecanismos explicativos que encierra la teoría de las actividades cotidianas<sup>423</sup> que trata de aislar en determinadas situaciones, los elementos que provocan en los infractores la motivación en asumir el riesgo de delinquir. Factores tales como el nivel de iluminación, la presencia de observadores, la ubicación de las casas, los tipos de vigilancia policial, la disponibilidad de cosas de valor susceptibles de ser robadas y los estilos de vida de las víctimas potenciales, han sido identificados como relevantes para la toma de estas decisiones<sup>424</sup>.

Más allá de estos esfuerzos por explicar las variaciones situacionales, todavía no hay una formula que reúna con éxito en una teoría coherente, las variables de los procesos objetivos, subjetivos y grupales<sup>425</sup>.

## ***Proyectos para el futuro***

Como se ha dicho, los criminólogos teóricos han dado importantes pasos para comprender a grandes rasgos las causas de la conducta criminal, sus formas e interacciones, las variaciones en las tasas de criminalidad y su

---

<sup>423</sup> Vid. COHEN, A. (1976), *Deviance and control*.

<sup>424</sup> Vid. LAFREE, G., (1991), *The neglected situation: A study of the situational characteristics of crime*.

<sup>425</sup> SANCHA, V., (1987), *Delincuencia. Teoría e investigación*. Pág. 70.

incidencia en la sociedad. Sin embargo, las teorías no han sido desarrolladas lo suficiente como para ofrecer explicaciones o predicciones totalmente satisfactorias. Las previsiones teóricas están frecuentemente equivocadas o descansan en simples probabilidades.

La teorías criminológicas ha mostrado un crecimiento y un progreso notables en las últimas décadas, no obstante, algunas de las cuestiones más urgentes permanecen sin respuesta, aunque existen signos favorables hacia un avance continuo. Los criminólogos, están reconociendo la necesidad de una teoría explicativa que sea multicausal e interdisciplinar<sup>426</sup> tomando conciencia de que la idea de los métodos de investigación y tipos tradicionales unidireccionales debe ser superada. Si estas tendencias continúan, la perspectiva de futuro es buena. Uno de los ejemplos de la interdisciplinariedad en la comprensión del fenómeno criminal y de la interacción entre ofensores y víctimas, nos desde la Victimología, tema central del siguiente apartado.

---

<sup>426</sup> Vid. GARCÍA PABLOS, A. (1998) *Manual de Criminología. Introducción y teorías de la criminalidad*. Para el autor, *la Criminología es la ciencia empírica e intesdisciplinaria que se ocupa del crimen, del delincuente, de la víctima y del control social de comportamiento desviado. (...) Por razón del método y sus técnicas de investigación, es una ciencia empírica e interdisciplinaria: una ciencia del ser, fáctica, inductiva, en la que predomina la observación de la realidad sobre la perspectiva normativista y el método abstracto, formal y deductivo propios de otras ciencias.*

### **3. El estudio de la interacción entre víctima y ofensor desde la Victimología**

La actitud del victimario hacia la víctima, aun siendo una importante área de estudio tanto para la Criminología como para la Victimología, se ha visto descuidada a favor de otros objetos de investigación<sup>427</sup>. Sin embargo, es esencial para la comprensión del fenómeno criminal, en concreto para el proceso motivacional que conduce a la selección de la víctima. No es infrecuente que la elección de una víctima en particular, esté en función de la percepción del delincuente y de su actitud hacia ella. Atributos tales como el atractivo, la vulnerabilidad, la idoneidad y la conveniencia, no son ni objetivos ni absolutos y su importancia como factores que influyen en la elección depende de las percepciones personales del potencial victimario, de lo que él perciba como atractivo, vulnerable o incluso conveniente<sup>428</sup>.

Pasemos a ver, aunque sea muy sucintamente, los factores que pueden llevar al delincuente a elegir una determinada víctima:

---

<sup>427</sup> Ver objetos de estudio y características de las teorías criminológicas del apartado anterior.

<sup>428</sup> FATTAH, E., (1991), *Understanding Criminal Victimization*, pág. 190.

## ***La indiferencia del victimario hacia la víctima***

En la mayoría de los casos, la actitud del delincuente hacía la víctima está dominada por emociones negativas, tales como el odio, el rechazo, la furia, la hostilidad, el rencor, el desprecio. No obstante, la actitud más común parece ser la de indiferencia, la del "no me importa"<sup>429</sup>.

En un intento por analizar las actitudes de los delincuentes hacia sus víctimas, Göppinger<sup>430</sup>, psiquiatra y criminólogo alemán, realizó un estudio cualitativo entrevistando a cincuenta y cuatro internos, concluyendo que las actitudes que más prevalecían eran la de "indiferencia afectiva" y la de "despego emocional".

En este estudio se ponía de manifiesto que el 50% de los sujetos eran indiferentes hacia sus víctimas. Un 25 por ciento adicional no expresó ningún sentimiento emocional hacia ellas y solo nueve de los cincuenta y cuatro penados, el 16,6 %, expresaron sentimientos de piedad por las víctimas o por sus familias. El resto no se refirió a la víctima, por el contrario, llamaron la atención sobre su propio sufrimiento como consecuencia del delito o intentaron retratarse a sí mismos como víctimas.

---

<sup>429</sup> Vid. FATTAH, E. (1991); GASSIN, R. (1994); GROENHUIJSEN, M. (1996); HOEGEN, Y.; BRIENEN, M. (2000) MARSHALL, T. (1999); MONTESDEOCA, D. (1995).

<sup>430</sup> Vid. GÖPPINGER, H. (1975), *Criminología*.

## ***El proceso previo a la victimización***

Previamente al acto de victimización, el ofensor pasa por un proceso mental de duración variable<sup>431</sup>. El proceso mental que precede a la comisión delictiva está compuesto de una cadena de operaciones interactivas y complementariamente intelectuales.

Este proceso mental como proceso dinámico pasa por distintas fases o etapas: a) la neutralización; b) la redefinición y auto-legitimación; c) la desensibilización.

### **a) Proceso de neutralización**

El primer proceso, el de neutralización, tiene su enfoque en el autor del hecho delictivo y su propósito principal es permitir superar las barreras morales y culturales que se encuentran en el camino del acto de victimización<sup>432</sup>. El proceso "neutraliza" los mecanismos del control social formal e informal y hace

---

<sup>431</sup> FATTAH, E., (1991), *Understanding Criminal Victimization*, pág. 200. Vid. Para una mayor comprensión de este proceso: PEACHEY, D.E. (1988); PETERS, T. (1988); WEMMERS, J. (2003).

<sup>432</sup> BRAITHWAITE, J. (2002), *Restorative Justice and Responsive*, pág. 54.

posible que se superen las inhibiciones y las restricciones interiores que se han ido construyendo como consecuencia del proceso de socialización<sup>433</sup>.

#### b) Proceso de redefinición y autolegitimación

Su propósito y misión es redefinir, racionalizar y justificar el acto. A través de la redefinición, el acto queda desprovisto de su carácter delincencial, ilegal e inmoral. La racionalización y la justificación permiten que se cometa el acto evitando la responsabilidad por los hechos y sin empañar la imagen que tiene de sí mismo<sup>434</sup>.

#### c) Proceso de desensibilización

Este proceso, tiene por enfoque a la probable víctima y su fin es desensibilizar al ofensor respecto a la pena y el sufrimiento que causa a la víctima, siendo posible de esta manera, cometer el acto sin sufrir sentimientos de culpabilidad.

En resumen, el primer proceso hace posible que se cometa el acto ya que prepara el terreno y desplaza los obstáculos morales<sup>435</sup>. El segundo hace posible que se cometa el acto manteniendo intacta la imagen que tiene de sí

---

<sup>433</sup> FATTAH, E., (1991), *Understanding...op. cit.*, pág. 206-207

<sup>434</sup> Vid. GASSIN, R. , (1994), *Criminologie*; FATTAH, E. (1991), *Ibidem*.

<sup>435</sup> SCHAFFER, S. (1977), *Victimología*. pág., 67.

mismo el ofensor, y el tercero hace posible herir, perjudicar o dañar a la víctima sin sentirse mal por ello.<sup>436</sup>

Una de las técnicas comunes de desensibilización es negar la existencia de la víctima y darle el significado de simple objeto. En cada acto delictivo, la víctima, es a la vez denegada, cosificada, utilizada y después posiblemente rechazada. La denegación de perjuicio a la víctima es una técnica común de desensibilización empleada por los victimarios en un intento de protegerse a sí mismos contra la situación de la víctima, de aligerar sus conciencias y de liberarse de cualquier sentimiento de culpa. Es una técnica común entre los agresores sexuales<sup>437</sup>, que a pesar de los gritos y plegarias de la víctima y a pesar del daño físico y psicológico que se le está causando, son capaces de convencerse a sí mismos de que no están haciendo ningún daño<sup>438</sup>.

Llegados a este estado del hecho, es decir, una vez que los ofensores son capaces de convencerse a sí mismos de que no están haciendo nada malo, se libran de cualquier compasión y de cualquier sentimiento de culpa personal. En ocasiones, incluso, culpan a la víctima de lo sucedido y la convierten en una persona que merece sufrir. De esta forma, los ofensores

---

<sup>436</sup> FATTAH, E. (1991), *Understanding...* op. cit., pág., 211 y ss.

<sup>437</sup> BERA, W. (2001) *El empleo de la comunicación entre víctima y delincuente en el tratamiento del abuso sexual*. pág. 37.

<sup>438</sup> CÁCERES, J. (2001), *Parafilias y violación*, pág. 68.

pueden seguir adelante con el hecho delictivo amparándose a sí mismos, sin verse como delincuentes, funcionando como anestésico en la conciencia y permitiéndoles destruir o perjudicar a sus víctimas sin piedad ni empatía<sup>439</sup>.

Los victimarios, en un intento por desensibilizarse frente a la situación de la víctima, a menudo le atribuyen cualidades inferiores. Pueden desvalorizar, denigrar, ultrajar, vejar o afrentar, haciéndola aparecer como una persona destinada a la victimización. Se presenta a la víctima como un objetivo ideal y, de esta forma, logra justificar el acto delictivo. - Los ataques a homosexuales y a prostitutas, se legitiman, muchas veces, de esta manera<sup>440</sup>-.

FATTAH<sup>441</sup> sostiene que son necesarias más investigaciones sobre el proceso de desensibilización y sobre los mecanismos utilizados para conseguir este fin ya que que sólo a través de un análisis de este proceso se podrá comprender cómo un individuo socializado, aparentemente normal, puede transformarse en un agresor desinhibido y en ocasiones despiadado, capaz de cometer actos de extremada crueldad y salvajismo sin ninguna huella de empatía o compasión por la víctima y sin ningún signo de culpabilidad o de remordimiento.

---

<sup>439</sup> Vid. CAPUTO, A., FRICK, P. Y BRODSKY, S. (1999), *Family violence and juvenile sex offending: The potential mediating role of psychopathic traits and negative attitudes toward women*.

<sup>440</sup> FATTAH, E., (1991), *Understanding...* op. cit., pág. 213.

<sup>441</sup> FATTAH, E. *Ibidem*, pág. 214. Vid. BLUMSTEIN, A., (1988), *Criminal career research: Its value for criminology*.



### ***La inversión de roles de victimario a víctima y de víctima a victimario***

A pesar de la proliferación de programas de asistencia a la víctima y programas centrados en la reconciliación entre víctimas y delincuentes, escasean datos sistemáticos sobre la historia social de muestras representativas de víctimas de delitos específicos. Las encuestas de victimización no aportan estos importantes datos, porque por un lado, se encuentran limitadas a un número pequeño de victimizaciones personales y en domicilios y, por otro, la información que aportan sobre las víctimas es de carácter sociodemográfico<sup>442</sup>.

Por lo tanto, no ofrecen información acerca de los individuos que asumen, sucesivamente, los roles de delincuentes y de víctimas, por lo que no se sabe cómo muchos delincuentes cambian su rol a víctimas, y cómo muchas víctimas se han convertido en delincuentes o han cometido actos delictivos después de su victimización.

Ciertamente hay indicios de que hay un movimiento constante entre la víctima y el delincuente que hace que las víctimas de hoy pueden ser los victimarios del mañana. La transformación de víctima en ofensor se lleva a

---

<sup>442</sup> Vid. GOTTFREDSON, M., (1998), *Exactitud de los modelos de predicción en carreras criminales*.

cabo mediante un proceso de aprendizaje, de racionalización, de justificación y de legitimación<sup>443</sup>.

El paso del estado de víctima al estado de delincuente, de la situación de agredido a la situación de agresor, de la posición de oprimido a la posición de opresor, es un paso más fácil de dar de lo que a primera vista pueda parecer. La percepción de injusticia, o de justicia irreal, el sentido concreto o vago de victimización, los deseos de venganza que no necesariamente tienen que estar dirigidos hacia el ofensor y la legitimación consiguiente del acto, son mecanismos que facilitan, y ayudan a pasar de una condición a otra<sup>444</sup>.

Las opiniones sobre las víctimas potenciales y las imágenes mentales de los victimarios no están basadas en experiencias personales directas, sino en fuentes secundarias de información. La exposición de forma diaria a noticias sensacionalistas sobre asuntos atípicos y extraordinarios, en las que los medios de comunicación, distribuyen sin rubor, una sesgada información acerca de los delincuentes generan prejuicios culturales compartidos contra aquéllos que cometen delitos.

Como consecuencia de estos estereotipos, muchas personas afirman<sup>445</sup>, de forma errónea, que son capaces de reconocer a los delincuentes a simple

---

<sup>443</sup> FATTAH, E. (1991), *Understanding...op. cit*, pág. 216.

<sup>444</sup> *Vid.* Apartado anterior de este Capítulo, al respecto de la comprensión de los factores que pueden incidir a la hora de cometer un hecho delictivo.

<sup>445</sup> PETERS, T. (1990), *La policía y las víctimas del delito*, pág. 34

vista, ya que no están basadas en una información empírica, estas imágenes mentales populares y estereotipos de probables ofensores no sólo son erróneos, sino también, en la mayoría de las ocasiones, totalmente falsos.

Esto lleva también a tener una imagen mental distorsionada sobre las posibles víctimas, de modo que hay quienes se atreven a afirmar estar seguros de “conocer” el comportamiento que la víctima tendría, antes, durante y después del delito<sup>446</sup>.

### ***Relaciones entre víctimas y delincuentes***

El estudio de las relaciones entre víctimas y delincuentes constituye uno de los elementos más importantes de la Victimología. Las dinámicas de la relación específica pueden, a veces, revelar los motivos que están detrás del delito, así como las razones que se tienen para cometer el acto contra una víctima en particular.

Esta relación puede, igualmente, arrojar luz sobre las interacciones entre ambos y que preceden al acto delictivo, a la vez que pueden ofrecer datos reveladores sobre la amplitud de la contribución de la víctima a la génesis del delito.

---

<sup>446</sup> PETERS, T., (1990) *La Policía...* op. cit., pág. 34.

## ***La familia como núcleo de violencia***

La atención especial que se ha venido prestando a todas las facetas de la violencia en el hogar, ha puesto de manifiesto a la familia como núcleo de violencia<sup>447</sup>. La experiencia nos dice que se descarga mayor violencia contra aquellos en los que se esta en íntimo contacto. Precisamente, familiares y amigos cercanos son fuente de placer, pero de la misma forma, la principal fuente de frustración y sufrimiento. Lo que ellos hacen afecta de forma más directa que si lo hiciera un extraño.

El factor último que afecta a las inhibiciones que conducen a la agresión en varias formas de violencia familiar, es la vulnerabilidad de la víctima (niños, mujeres, ancianos) para tomar represalias o defenderse con éxito debido a las diferencias de tamaño, de fuerza, o el temor que tienen a su agresor<sup>448</sup>.

La investigación epidemiológica sobre la violencia intrafamiliar ha demostrado que su incidencia está más extendida de lo que se creía previamente y no está limitada a ningún grupo étnico ni a ninguna clase social en particular<sup>449</sup>.

---

<sup>447</sup> STITH, S; WILLIAMS, M.; ROSEN, K., (1992), *Psicosociología de la violencia en el hogar*, pág.127.

<sup>448</sup> BRIERE, J (1989), Citado por STITH, S; WILLIAMS, M.; ROSEN, K. (1992). *Psicosociología...op cit.*, pág. 29.

<sup>449</sup> SANCHA, V. (1987), *Delincuencia. Teoría e investigación*, pág. 77.

La frecuencia y la omnipresencia de esta violencia, arrojan una seria duda acerca de la validez de las teorías que intentan explicar su etiología haciendo referencia a la psicopatología de los perpetradores o de cualquier rasgo estático de los participantes. Estas ponen de manifiesto la importancia de los factores situacionales y desencadenantes e indican que ninguna teoría explicatoria puede llegar a examinar los contextos, las situaciones y las circunstancias en las cuales se da la violencia intrafamiliar<sup>450</sup>.

### ***La aproximación situacional a la comprensión del delito desde la Victimología.***

Si bien las relaciones entre víctima y victimario confirman el carácter interpersonal de muchos delitos violentos, poco nos dicen acerca de las causas de la victimización delictiva<sup>451</sup>.

Por otro lado, es indispensable un análisis de esta interacción para comprender las dinámicas de la victimización violenta y poder facilitar el desarrollo de una teoría dinámica del comportamiento delictivo. Muchos delitos contra las personas, sobre todo los espontáneos, los impulsivos, los no

---

<sup>450</sup> FATTAH, E. (1991) *Understanding...* op. cit., pág. 221.

<sup>451</sup> PETERS, T., (1988), *Consideraciones teóricas sobre la Victimología*, pág. 79.

planeados y los no premeditados, son consecuencia de interacciones entre dos o más individuos<sup>452</sup>.

Como tales, estos delitos no pueden explicarse adecuadamente mediante teorías estáticas del comportamiento delictivo, las cuales se enfocan hacia las características del delincuente, pero sin embargo no toman en consideración las fuerzas dinámicas únicas de cada situación. Son estas fuerzas dinámicas las que determinan, condicionan, moldean o influyen el comportamiento del ofensor en esa situación particular. El comportamiento delictivo es una respuesta al estímulo originado en el entorno<sup>453</sup>.

Sería imposible, por consiguiente, comprenderlo o explicarlo si se ignoran estos estímulos. La actitud y el comportamiento de la víctima, así como la respuesta de ésta a los primeros gestos del ofensor, están, sin duda, entre los estímulos más importantes del entorno.

Las teorías que intentan explicar el comportamiento delictivo refiriéndose a las características biológicas o psicológicas o a las condiciones sociales del delincuente, ignoran el papel crucial que juegan los factores situacionales y desencadenantes en la etiología del delito<sup>454</sup>. Al contrario de los estudios biológicos, psicológicos y sociológicos que son, por su propia naturaleza,

---

<sup>452</sup> FATTAH, E., (1991), *Understanding...* op. cit. pág. 223.

<sup>453</sup> MARTÍN, A., (1987), *Antecedentes en el estudio de la conducta delictiva*, pág. 30.

<sup>454</sup> PÉREZ, J. (1988), *Teorías biológico-factoriales y delincuencia*, pág. 73.

estáticos, el estudio situacional<sup>455</sup> es dinámico. Una de las premisas a destacar de este estudio, es que los atributos del carácter y los rasgos de la personalidad, tales como la agresividad, la crueldad y la deshonestidad, no son ni constantes ni absolutos y, de ahí, que por sí solos tengan muy poco valor explicatorio, lo que pone de manifiesto la fragilidad inherente de las actuales teorías sobre el comportamiento delictivo demostrando que cada uno de nosotros somos capaces de cometer un delito en ciertas situaciones, cuando estamos bajo ciertas presiones o en presencia de ciertos factores desencadenantes<sup>456</sup>.

La respuesta de la víctima ante una victimización no deseada y normalmente inesperada es, en gran medida, no premeditada y no planeada. Sin duda, la espontaneidad de la reacción es, en parte, la responsable de las grandes variaciones en los comportamientos de las víctimas a situaciones idénticas y a experiencias de victimización muy similares. Las víctimas se encuentran en situaciones en las cuales han de tomar decisiones rápidas y, a veces, irreversibles. Una vez que la víctima se da cuenta de la intención de su ofensor, ésta se enfrenta a varios dilemas: cumplir o no cumplir con las demandas o exigencias del delincuente, luchar o no luchar, resistirse o entregarse, gritar o no gritar, quedarse quieta o intentar escapar, dialogar con el delincuente o guardar silencio<sup>457</sup>.

---

<sup>455</sup> Vid. FATTAH, E. (1991), *Understanding Criminal Victimization*.

<sup>456</sup> TOBAL, M. (1990), *La aproximación conductual al comportamiento delictivo*, pág. 107.

<sup>457</sup> DEL POZO, P. (1991), *Agresión y comportamiento delictivo*, pág. 309.

Las características personales tanto de la víctima como del victimario, sus relaciones, las características situacionales, así como la naturaleza de la amenaza del delito, determinarán la respuesta de la víctima, las reacciones del victimario a esta respuesta y la consecuencia final<sup>458</sup>. Existen evidencias desde la práctica de que la reacción de la víctima varía de acuerdo con las variables sociodemográficas tales como la edad, el sexo y el ámbito sociocultural de donde procedan<sup>459</sup>.

Ya que nos faltan datos empíricos, es igualmente concebible que la reacción pueda ser diferente en virtud de otras variables individuales, como pueden ser la ocupación de la víctima, su estrato social, su entorno sociocultural, y de variables psicológicas, como la personalidad, la autoestima, las actitudes hacia la victimización, las percepciones de la efectividad, la actitud hacia el miedo, así como del sentido de vulnerabilidad o de invulnerabilidad.

### ***La elección de la víctima u objetivo***

Si las víctimas del delito fuesen elegidas al azar, cabría esperar razonablemente que constituyeran una selección imparcial de toda la población. También sería razonable esperar que los riesgos, así como los porcentajes de victimización estuviesen uniformemente divididos entre la población general. Evidentemente, este no es el caso. La tasa y frecuencia de

---

<sup>458</sup> FATTAH, E. (1991) Understanding...op. cit, pág. 225.

<sup>459</sup> FERNÁNDEZ-ABASCAL, E. (1989). *Variables estructurales de personalidad y delincuencia*, pág 280.



delitos cometidos en ciertas zonas geográficas y dentro de ciertos grupos, pone de manifiesto la existencia de algunos procesos de selección<sup>460</sup>.

Los delincuentes, en general, no eligen a sus víctimas u objetivos de forma totalmente casual, a ciegas o fortuitamente. Por el contrario, van seleccionando a sus víctimas u objetivos de manera cuidadosa, aproximándose a la racionalidad<sup>461</sup>. Desde una perspectiva teórica, la selección de la víctima es un aspecto importante del fenómeno de victimización. Nos puede decir mucho acerca del por qué ciertos individuos son más propensos a sufrir un delito que otros. Puede también arrojar luz sobre el por qué algunos objetivos son más frecuentemente victimizados que otros y de manera recurrente. En otras palabras, puede ser una contribución significativa no sólo para entender los riesgos diferenciales de la victimización, sino también para entender fenómenos tales como el de las víctimas recurrentes o de victimización múltiple. Además, los criterios obtenidos de tal conocimiento y el análisis del proceso de selección, pueden ser extremadamente útiles para elaborar políticas, estrategias y técnicas de protección y prevención y para aportar a las víctimas potenciales y a los objetivos vulnerables las estrategias de asistencia para evitar la victimización delictiva<sup>462</sup>.

---

<sup>460</sup> CEA, M., (1990), *Inteligencia y delincuencia*, pág. 287.

<sup>461</sup> PÉREZ, A., (1988), *Papel modulador de las expectativas de control en la conducta delictiva*, pág. 337.

<sup>462</sup> FATTAH, E. (1991), *Understanding...op. cit.*, pág. 230.

Finalmente podemos decir, que la manera en que los delincuentes perciben y seleccionan a sus víctimas u objetivos es de la mayor importancia para la prevención situacional y para desarrollar una teoría explicativa de la victimización delictiva.

Hasta aquí se ha querido destacar la importancia que tiene la comprensión del fenómeno criminal. Hemos realizado un recorrido por las consideraciones al control social como prevención de la criminalidad, para explicar posteriormente cómo desde las ciencias penales, en concreto desde la Criminología y la Victimología, se han intentado explicar con múltiples teorías, los factores desencadenantes del delito y la interacción entre ofensor y víctima.

El significado de esta materia para la Justicia Restaurativa no es baladí, ya que nos puede ofrecer información básica para abordar correctamente los criterios de organización del proceso restaurativo; es decir, si es conveniente la comunicación directa entre víctima y ofensor, si es pertinente la utilización de una u otra técnica restaurativa, y si resulta útil contar con recursos externos de la comunidad. El Facilitador de procesos restaurativos debe tener, como veremos en el próximo Capítulo, formación interdisciplinar en las Ciencias Penales por lo que es necesario su instrucción en estos aspectos que hemos desarrollado con el fin de aplicar correctamente las técnicas de resolución de conflictos en el ámbito penal.

## **CAPÍTULO IV**

### **TÉCNICAS RESTAURATIVAS APLICADAS AL PROCESO PENAL**

## 1. Programas Restaurativos

La creciente aplicación de los proyectos de Justicia Restaurativa<sup>463</sup> y el debate sobre la necesidad de establecer estándares para su implementación han generado interesantes discusiones<sup>464</sup> sobre la compatibilidad de estos programas con las normas internacionales relativas a las garantías del proceso penal, sobre todo en lo que respecta a los “investigados” y “encausados”.

Los partidarios de la implementación de los programas de Justicia Restaurativa afirman que este paradigma representa un empuje de eficacia a la

---

<sup>463</sup> Según los datos del Consejo General del Poder Judicial, los juzgados que ofrecen servicios de mediación en el Estado español son los siguientes: Alicante; Araba/Álava; Barcelona; Bizkaia; Burgos; Cádiz; Cuenca; Gipuzkoa; Girona; Granada; Huelva; Huesca; La Rioja; Lleida; Madrid; Málaga; Murcia; Navarra; Palencia; Sevilla; Tarragona; Teruel; Toledo; Valencia; Valladolid; Zamora; Zaragoza.

<sup>464</sup> Estas discusiones fueron detalladas en el Capítulo I, en el apartado “Principios jurídico-penales que sustentan a la Justicia Restaurativa. Su posición como complemento del Derecho Penal”

justicia tradicional<sup>465</sup>. Ahora bien, la discusión debe centrarse en implementar las técnicas restaurativas como complemento del sistema penal, a fin de otorgarle “aire fresco” y con vocación de mejorar lo existente, pero no para formar alternativas a éste. Que la Justicia Restaurativa se haya originado como paradigma ante una necesaria crítica al sistema penal, no debe llevar a considerar que tengan que avanzar por caminos distintos. Al contrario, su proyección debe estar ligada a la mejora del sistema, por lo que nos mostramos firmemente a favor de su complementariedad con el sistema de justicia penal actual, sobre la base de que esta última ordena la vida en sociedad y que por tanto es necesaria e imprescindible, sin que ello suponga creer en la idea de que también el sistema no es mejorable.

Como se vió en los principios básicos<sup>466</sup> sobre el uso de programas de Justicia Restaurativa en materia penal del Consejo Económico y Social de las

---

<sup>465</sup> Vid. BARONA, S. (2013); BRAITHWAITE, J. (2002); DIGNAN, J. (2005); DALY, K. (2002); DUFF, R. (2003); FATTAH, E. (2000); GAVRIELIDES, T. (2007); SEGOVIA BERNABÉ, JL.; RÍOS, J. (2008); TAMARIT, J. (2012).

<sup>466</sup> Los principios básicos se encuentran detallados en el Manual sobre programas de Justicia Restaurativa. El Manual fue preparado para la Oficina de las Naciones Unidas contra La Droga y el Delito (UNODC) por Yvon Dandurand, Decano de Investigación de Facultad de Fraser Valley, Canadá; Asociado Sénior del Centro para la Reforma de Leyes Penales y Políticas de Justicia Penal y por Curt T. Griffiths, Profesor de la Escuela de Criminología de la Universidad Simon Fraser en Canadá. El trabajo fue revisado en una junta de grupos de expertos llevada a cabo en UNODC, en Viena el 30 y 31 de enero de 2006, Este grupo de expertos lo formaron: IVO AERTSEN; HAZEM ALY; ELIAS CARRANZA; BORBALA FELLEGI; KITTIPONG KITTAYARAK; PAUL MCCOLD; CHINO OBIAGWU; CHRISTA PELIKAN; ANN SKELTON; ADAM STAPLETON; PAVEL STERN; DANIEL VAN NESS Y MARTIN WRIGHT.

Naciones Unidas del año 2002, se definía a los programas de Justicia Restaurativa como aquellos que se llevan a cabo en procesos de índole restaurativo y cuyo fin busca un resultado restaurativo<sup>467</sup>, es decir, son procesos en los que se intenta conseguir una resolución mutua del conflicto entre víctima y victimario, ayudados por un tercero que actuaría como facilitador y en los que puede incluirse técnicas específicas como la conciliación, mediación, conferencias restaurativas y círculos restaurativos<sup>468</sup>, tal como veremos más adelante.

La finalidad del proceso restaurativo no es otra que obtener una reparación del daño causado, para satisfacer las propias necesidades de las víctimas y posibilitar la verdadera integración del victimario en la sociedad como forma eficaz de reinserción<sup>469</sup>.

Las corrientes teóricas o de pensamiento restaurador,<sup>470</sup> que sirven de base al proceso restaurativo, son fundamentalmente tres. La primera de ellas es la “corriente civilizadora”, cuya base es la crítica a la justicia penal actual.

---

<sup>467</sup> Manual sobre programas de Justicia Restaurativa de la ONU, pág. 6.

<sup>468</sup> Estas técnicas serán detalladas al final de este Capítulo.

<sup>469</sup> GROENHUIJSEN, M. (1996) *Conflicts of victim's interest and offenders' rights in the criminal justice system a European Perspective*, pág. 174.

<sup>470</sup> DIGNAN, J. (2005), *Understanding Victims and Restorative Justice*, pág. 94.

Desde el punto de vista de este parámetro dogmático, la Justicia Restaurativa trataría de poner un enfoque civilizador al sistema a través de la reparación del daño.

Una segunda corriente se extendería sobre la idea de que el delito es un acto contra el Estado y que, por tanto, los intereses de la víctima y de su comunidad quedarían excluidos bajo este prisma<sup>471</sup>. Por tal motivo, se propone la participación más directa y efectiva de la víctima y la comunidad en el proceso<sup>472</sup>.

La tercera corriente, conocida como la del “discurso moral”, tiene como máximo exponente a BRAITHWAITE<sup>473</sup>. Este autor a través de su teoría “*vergüenza reintegradora*” (reintegrative shaming), considera que actuación desde el plano restaurativo no debería estigmatizar al victimario. Esta teoría busca ofrecer una respuesta más respetuosa al ofensor para que través del contacto con la víctima y su entorno, llegue a ser consciente del daño causado y se sienta avergonzado posibilitando con ello la reducción de su conducta criminal.

---

<sup>471</sup> Vid. ZHER, H (1990), *Changing...op. cit.*

<sup>472</sup> Este constructo teórico ha tenido una importante influencia en los trabajos de Nils Christie, ejemplo de ello, lo podemos encontrar en su trabajo “Los Conflictos como Pertenencia” publicado en 1997.

<sup>473</sup> BRAITHWAITE, J. (1989). *Crime, Shame and Reintegration.*

Estas tres corrientes desembocan en los aspectos básicos y esenciales del paradigma restaurador y que se convierten en el común denominador de todos ellos la reparación del daño causado y la responsabilidad de los hechos, incluyendo encuentros sin la estricta formalidad del sistema penal y con características inclusivas<sup>474</sup>.

Del mismo modo se manifiestan las características que deben darse en todo proceso restaurativo:

1º) Voluntariedad de su participación. Un aspecto fundamental en los programas de Justicia Restaurativa es la voluntariedad en su participación, siendo básico que el victimario asuma la responsabilidad de la comisión de los hechos (o expresar su punto de vista sobre el comportamiento realizado) sin que ello suponga trasladar esta responsabilidad al sistema penal tradicional.

Todo parece indicar, que en un futuro cercano, la implantación de la Justicia Restaurativa en el sistema penal será un hecho, venciendo así las dificultades y objeciones propias de todo paradigma innovador y la propia idea de un sistema penal conservador muy proclive a las reformas penales relacionadas con incrementos de la penalidad, pero reticente hacia una verdadera reforma procesal penal. Tal como argumenta Walgrave<sup>475</sup>, la

---

<sup>474</sup> DIGNAN, J. (2005) *Understanding...* op. cit. pág. 98.

<sup>475</sup> WALGRAVE, L. (2002) *Restorative Justice and the Law*, pág. 3



práctica restaurativa debe establecerse formalmente dentro de un marco legal<sup>476</sup>.

De hecho, los primeros pasos ya se han dado en nuestro ordenamiento tras el Estatuto de la Víctima y la reforma del Código Penal de 2015.

Cabe preguntarse entonces si los programas de Justicia Restaurativa deberían ajustarse a las mismas garantías de las que gozan los distintos procesos penales. En primer lugar, es preciso destacar que la Justicia Restaurativa entiende el delito, como un conflicto en el que víctima y victimario deben tener más protagonismo, y que afecta a la comunidad y no como un conflicto exclusivamente reducido al ofensor y el Estado. Esto significa que el victimario tiene bajo el paradigma restaurativo la posibilidad de discutir los hechos y los efectos del delito con las personas afectadas por este con el fin de alcanzar la solución que estimen. La práctica restaurativa no se basa en un medio de averiguación de los hechos, sino de determinar cuál es la mejor actuación con el victimario que ha admitido total o parcialmente su responsabilidad.

2º) Libertad de desistimiento. Aparte de la voluntariedad en la participación del proceso restaurador, el victimario debe tener la posibilidad de abandonarlo y volver al sistema tradicional si así lo estimara conveniente.

---

<sup>476</sup> Tal como hemos descrito en Capítulos anteriores, la inclusión de procesos restaurativos es ya un hecho en nuestro ordenamiento jurídico, en la reciente Ley 4/2015 del Estatuto de la víctima y en el Código Penal, que introduce en su reforma la mediación penal.

En este contexto, un ofensor obligado a participar aboca al fracaso del proceso, por lo que el consentimiento de su participación ha de ser libre y claramente voluntaria.

En cuanto al derecho a la presunción de inocencia, cabe preguntarnos si este derecho se vería conculcado ante el hecho de que el victimario debe asumir la responsabilidad en la comisión hechos. A pesar de lo que pueda parecer esto no puede ser entendido como una declaración expresa de culpabilidad ante el sistema de justicia penal. Si el proceso restaurativo termina eficazmente, el derecho a la presunción de inocencia no se vería vulnerado por dos motivos: el primero, por la propia voluntariedad de su participación y, en segundo lugar, porque ha asumido la responsabilidad, pero no la culpabilidad dentro de un procedimiento penal, que por otro lado podía haberse sobreseído si el juzgador no hubiera encontrado suficientes indicios de delito.

Así queda recogido en los Principios Básicos <sup>477</sup> , y en la Recomendación<sup>478</sup> (99)19, que aportan la solución al problema en la medida que establecen que la participación voluntaria en estos programas no puede ser usado como elemento incriminatorio en un proceso penal posterior.

---

<sup>477</sup> Principios básicos sobre el uso de programas de Justicia Restaurativa en materia penal del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas del año 2002.

<sup>478</sup> Recomendación R (99) 19 del Comité de Ministros a los Estados Miembros relativa a la mediación en materia penal, aprobada por el Comité de Ministros el 15 de septiembre 1999.

Los Principios Básicos, también prevén que víctima y ofensor cuenten con un asesoramiento legal previo en lo que concierne a la participación en un programa restaurativo. Así, antes de tomar la decisión a participar en un proceso restaurativo los protagonistas deben ser informados de cuáles son sus derechos, además de la naturaleza y de las consecuencias del proceso.

La asistencia legal por tanto, es necesaria en los programas restaurativos con el fin de asegurar que los derechos tanto de las víctimas como de sus ofensores sean respetados. Por esta razón, los letrados que tomen parte en estos procedimientos deberían contar con una formación específica sobre los principios y funcionamiento de los programas de Justicia Restaurativa, al objeto de realizar una asistencia legal adecuada.

La reticencias y dudas que puedan surgir por la formulación legal de un sistema retributivo pueden solventarse, ya que como manifiesta Duff<sup>479</sup> *“no existe tanta distancia entre lo retributivo y lo restaurativo en la medida en que cuando se produce una victimación, la restauración opera como situación compatible con la idea de retribución y castigo”*.

Algunos de los límites del propio sistema penal tradicional que se ven como necesarios lo son también en la práctica restaurativa y están bajo los principios contenidos en las declaraciones de derechos humanos de las

---

<sup>479</sup> DUFF, R. A.; WALGRAVE, L., (2002), *Restorative punishment and punitive restoration*, pág. 382.

Naciones Unidas<sup>480</sup>. Visto así no hay nada en el paradigma de Justicia Restaurativa que pueda vulnerar los derechos del victimario<sup>481</sup>.

## **2. Las necesidades de las víctimas**

Como hemos puesto de manifiesto anteriormente, la principal crítica que se hace al proceso penal en los últimos años es aquella que se refiere al trato de la víctima.

Como se ha visto en el Capítulo II, desde la doctrina penal se ha considerado a esta como la gran olvidada, siendo su papel marginal y secundario, con un desarrollo del proceso basado en un esquema procesal penal que está orientado fundamentalmente hacia el delincuente y sus garantías.

El sistema penal estructurado determina que el sujeto activo del delito cuente desde el principio con el derecho de la defensa que ostenta su letrado, bien particular o de oficio. La víctima, sin embargo, como sujeto pasivo del delito, no tiene derecho a un abogado de oficio que dirija la acusación, salvo en

---

<sup>480</sup> *Vid.* BRAITHWAITE, J., (1989), *Crime...*op cit.

<sup>481</sup> MORRIS, A., (2003), *Critiquing the critics: a brief response to critics of restorative justice*, pág 462.

contados y determinados casos<sup>482</sup>, así como en aquellos supuestos en donde la víctima sea menor, el Ministerio Público es quien representa los intereses de esta acusando en su nombre<sup>483</sup>.

Por lo tanto, la víctima parte de una serie de dificultades para hacer frente al proceso penal. En primer lugar cuando interpone la denuncia debe necesariamente buscar la dirección legal de un letrado si su deseo es formar parte del proceso, y esto significa, que salvo en los supuestos contados y descritos en la ley de justicia gratuita, para todo lo demás, la persona

---

<sup>482</sup> Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita.

*“Artículo 6. Contenido material del derecho.*

*El derecho a la asistencia jurídica gratuita comprende las siguientes prestaciones:*

*1. Asesoramiento y orientación gratuitos previos al proceso a quienes pretendan reclamar la tutela judicial de sus derechos e intereses, así como información sobre la posibilidad de recurrir a la mediación u otros medios extrajudiciales de solución de conflictos, en los casos no prohibidos expresamente por la ley, cuando tengan por objeto evitar el conflicto procesal o analizar la viabilidad de la pretensión.*

*Cuando se trate de víctimas de violencia de género, de terrorismo y de trata de seres humanos, así como de menores de edad y las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, en los términos establecidos en la letra g) del artículo 2, la asistencia jurídica gratuita comprenderá asesoramiento y orientación gratuitos en el momento inmediatamente previo a la interposición de denuncia o querrela”.*

(...)

<sup>483</sup> En el art. 3 de la ley 50/81, concreta esta responsabilidad al encomendarle la representación y defensa, en juicio y fuera de él, de quienes por carecer de capacidad de obrar o de representación legal, no puedan actuar por sí mismos, así como, promover y formar parte de los organismos tutelares que tengan por objeto la protección y defensa de menores y desvalidos.

perjudicada por el delito, tendrá que hacer frente a un desembolso si quiere formar parte del proceso, contratando los servicios de su representación y dirección legales. No obstante, estas circunstancias se han visto aliviadas, en parte, con la entrada en vigor de la Ley 4/2015 del Estatuto de la Víctima. Aún así, el trato que se le dispensa a la víctima del delito en la Administración de Justicia, debe mejorar, ya que en muchas ocasiones el conocimiento de la existencia del hecho ilícito viene informado por el propio perjudicado del delito.

Una vez iniciado el proceso penal, la víctima padece los inconvenientes propios del procedimiento. Esto se traduce en notificaciones judiciales que le llegan a su propio domicilio o a su lugar de trabajo, con un lenguaje técnico jurídico, en la mayoría de las ocasiones poco entendible por la persona denunciante, añadiendo, además, el requerimiento un lenguaje poco asertivo.

Posteriormente y ya en el desarrollo de las distintas fases del proceso, se expone al cuestionamiento de los hechos por parte del abogado defensor y, en algunas ocasiones, al trato distante cuando no indiferente del juez y el Ministerio Público, sintiendo no solo que tiene que volver a recordar los hechos que le causaron la victimización, sino que se encuentra sola ante el sistema, lo que provoca una situación de impotencia, dolor e incomprensión, características estas que impregnan la victimización secundaria.

Esto sin duda, produce un primer impacto emocional en el denunciante, que empieza a ver como el sistema penal no ofrece los recursos necesarios que puedan cubrir sus verdaderas necesidades.

En los últimos años se ha prestado atención al hecho de que la compensación a las víctimas es una forma de asistencia en la medida en que puede concretarse en la satisfacción de necesidades financieras, físicas, emocionales y sociales, desempeñando un papel vital en el proceso de recuperación en las personas que han sufrido las consecuencias del delito. Así hoy en día los programas estatales de compensación se han convertido en algo común en gran parte del mundo occidental tal como hemos visto en el seno de la Unión Europea.

Las necesidades de las víctimas pueden articularse bajo cuatro aspectos: financiero, físico, emocional y social. Por lo que se refiere a la indemnización de las víctimas, las dos primeras necesidades se superponen, ya que la compensación puede proporcionar los recursos financieros para conseguir una salud física y mental adecuadas, así como sus tratamientos<sup>484</sup>.

Para apreciar las necesidades desde la perspectiva de la víctima, es necesario tomar en consideración el plano emocional y aquellas necesidades psicológicas relacionadas con el trauma de la victimización. Ese trauma se caracteriza por una reacción a una situación inmediata e inesperada y sus consecuencias pueden durar un tiempo inestimable<sup>485</sup>.

---

<sup>484</sup> HERRERO, C; GARRIDO, E. (2001), "Victimología: el impacto del delito, la víctima y el sistema legal. Una aproximación psicosocial", en *Criminología Aplicada*, págs. 18-20.

<sup>485</sup> FATTAH, E. (1991), *Understanding Criminal Victimization*, pág. 398.

Miedo, ira, enojo, confusión, frustración, culpa, vergüenza y dolor suelen ser características de la reacción a esta crisis. Prácticamente todas las víctimas de delitos graves sufren estas reacciones, aunque su intensidad y el tiempo de afectación varía considerablemente. En ocasiones, si persisten en el tiempo desarrollan un trastorno de estrés postraumático, con depresión, trastornos disociativos, y similares. Estas reacciones a menudo causan un dolor adicional que refuerzan el argumento de la reparación del dolor y del sufrimiento<sup>486</sup>.

Las víctimas pueden sentirse también aisladas de sus familias y amigos, sufriendo con ello inseguridad y una disminución de la autoestima. El trauma de lo vivido por el delito mismo puede crear en las víctimas una ruptura en la vida entre el pasado, el presente y su futuro por lo que la reintegración de sus vidas requiere asumir y reconocer la victimización, así como entender su consecuencias.

La estigmatización como víctimas causa también un sentimiento de soledad, incomprensión y aislamiento, no sólo a través de la denigración en cuanto a los juicios de valor de sus comportamientos, sino también el desarrollo del silencio en el que sus experiencias se minimizan o ignoran.

---

<sup>486</sup> GARCÍA PABLOS, A., (1993), *La Victimología*. pág. 290.



Son los daños morales sin duda los más difíciles de reparar, sin embargo, el problema es que en gran parte del mundo occidental los programas de compensación no han reaccionado ante este reto.

### **La asistencia a las víctimas como medio de satisfacción de sus necesidades**

En el Estado español se han consolidado abundantes experiencias en el ámbito de la asistencia a las víctimas del delito, como la red de Oficinas de Asistencia a las Víctimas<sup>487</sup>.

El ámbito privado de atención a las víctimas cuenta también con una cantidad ingente de asociaciones especializadas, sobre todo en víctimas de malos tratos y agresiones sexuales, propiciando una red abundante de recursos para las personas perjudicadas por el delito. Pero estas iniciativas

---

<sup>487</sup> Las Oficinas de Asistencia a las Víctimas de Delitos son un servicio público y gratuito implantado por el Ministerio de Justicia de acuerdo con la Ley 35/1995 de 11 de Diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual (Boletín Oficial del Estado de 12 de Diciembre de 1995). Estas Oficinas están dedicadas a todo tipo de víctimas de delitos, pero, preferentemente, a las personas que han sido víctimas de delitos violentos con resultado de muerte, lesiones graves o daños contra la salud física o mental, así como, a las víctimas de los delitos contra la libertad sexual; ya sean víctimas directas o indirectas. De esta manera, las Oficinas pueden atender a la persona que ha sufrido el delito de forma directa o a sus familiares o personas que estuvieran a su cargo, cuando el delito les ha afectado de alguna forma. Es de destacar que las Oficinas se dedican muy especialmente a la atención de la violencia, pero asisten a personas que han sufrido todo tipo de delitos (agresiones sexuales, robos violentos, homicidios, lesiones graves, delitos contra la seguridad vial, delitos transfronterizos, etc.).

corren el riesgo de desaparecer si el objetivo es político y no empírico. La creación de servicios para las víctimas debe obedecer a las demandas generadas, y basarse en investigaciones que se traduzcan en la guía de los proyectos que hay que desarrollar.

Uno de los problemas que tenemos es la amplia variedad de formas de asistencia, sin que exista la coordinación deseable entre las instituciones para abordar, desde la discusión, los problemas detectados, de modo que se pudieran plantear, entre otros, fórmulas conjuntas de solución. Es mediante la coordinación y la acción conjunta de los profesionales de este ámbito como se puede desarrollar una política criminal eficaz, que repercuta no solo en beneficio de aquellas personas que han cometido delitos, sino en la totalidad de la población, siendo instrumento de prevención.

Este avance se ha visto reflejado en el ámbito jurídico, con la elaboración de leyes específicas; en primer lugar, la *Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual*, que regula, dentro de la reparación pública, las ayudas económicas dirigidas a las víctimas directas e indirectas de los delitos dolosos y violentos cometidos en el Estado español, que hayan tenido el resultado de muerte o daños graves a la salud física o mental.

En segundo lugar, con rango de Ley Orgánica, la LO 19/1994, de 23 de diciembre, de protección de testigos y peritos en causas criminales, que intenta poner remedio a las dudas de los ciudadanos a la hora de colaborar con la

policía judicial y con la Administración de Justicia en causas penales, ante el temor a sufrir represalias.

Siguiendo a esta, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor; la Ley Orgánica 1/2204, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, así como la Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas de Terrorismo.

Por último, y recientemente, contamos con la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito<sup>488</sup>, que nace *con “vocación de ser el catálogo general de los derechos, procesales y extraprocesales, de todas las víctimas de delitos, no obstante las remisiones a normativa especial en materia de víctimas con especiales necesidades o con especial vulnerabilidad”*, y como adelantamos introduce referencias a la Justicia Restaurativa.

---

<sup>488</sup> Detallada en el Capítulo II de la presente investigación.

### **3. La contribución de la Justicia Restaurativa en el restablecimiento de la confianza en víctimas de delitos**

#### ***La situación del por qué a mí***

La victimización entendida como el conjunto de consecuencias negativas que sufre la víctima de un delito, da lugar a daños morales, no tangibles, que no son atendidos por la justicia penal, ni por ninguna otra instancia, ya que no forman parte de sus objetivos y carece de los instrumentos necesarios para su eficaz reparación.

De tal forma que la crítica al sistema penal actual podría definirse porque no disminuye la criminalidad, no reduce la reincidencia, y no compensa de forma eficaz a las víctimas. Siendo esto así, habría que preguntarse si existe algún medio o instrumento que sin dejar de mirar por el delincuente, pueda, al tiempo, incluir a la víctima y atenderla de manera efectiva. Es aquí donde aparece la Justicia Restaurativa.

Como se ha dicho el proceso penal convencional desatiende las necesidades reales y efectivas de las partes, que quedan solapadas bajo una compleja estructura de trámites y formalidades, que terminan por desplazar la naturaleza del problema, y por complicar aun más el resultado razonable de la solución, generando una experiencia dolorosa tanto para las víctimas como para los infractores y un mayor distanciamiento entre ambos, frenando la posibilidad del diálogo.

Cuando se imposibilita el diálogo, se produce una disminución de la atención sobre las necesidades reales de los protagonistas en conflicto y aumenta respecto a las garantías del proceso. La mayor parte de los litigios que se dirimen en el ámbito judicial terminan con un ganador y un perdedor y, por lo general, abre un abismo de permanente incomunicación entre las partes. Por ello, las técnicas de Justicia Restaurativa son instrumentos que permiten la resolución de conflictos preservando una relación de mayor comunicación entre la partes, incluso cuando el conflicto acaba en los tribunales.

Ya se ha dicho que en muchos casos, la restitución o compensación material o económica puede no ser suficiente. La necesidad de tener en cuenta la reparación moral ofrece la oportunidad al victimario de que pida perdón a la víctima, haciéndose responsable del daño causado.

Pero para saber las posibilidades de la aplicación y evaluación de la reparación moral se necesitan elementos de diagnóstico de la situación, que no ofrece el sistema penal, tal como se ha estructurado tradicionalmente. Las actitudes del victimario favorecedoras para encaminar el conflicto hacia un proceso restaurativo, serán un elemento necesario, ya que el éxito va a depender de que este asuma la responsabilidad por el daño causado y que esté dispuesto a reparar.

Con respecto a la víctima, aquellas preguntas que se hace respecto al acontecimiento criminal y que quedan sin respuesta provocan una situación de

incomprensión sobre lo ocurrido, que puede durar un largo período de tiempo<sup>489</sup>.

La experiencia adquirida en dos décadas de intervención profesional en el ámbito de la Justicia Restaurativa y el Derecho Penal, me ha permitido constatar<sup>490</sup> que después de la victimización, aparece un cuadro de vivencias o de síntomas que puede denominarse la “situación del por qué a mí”.

Dentro de los delitos violentos, esta situación es más acusada en aquellos casos en donde el autor es desconocido y en donde la relación previa no permitía anticipar a la víctima la situación a la que estaba abocada. Así, en un gran número de situaciones de victimización, se constata la presencia de una serie de preguntas realizadas desde la víctima, a veces con respuestas y otras sin ellas, relacionadas con el proceso traumático sufrido.

Este conjunto de preguntas es lo que forma la *situación del por qué a mí*, teniendo su base en la necesidad de todo ser humano de comprender los sucesos traumáticos que le ocurren, más si cabe, cuando se trata de vivencias desagradables como el haber sido víctima de un delito. Este cuadro característico no es una secuela patológica del delito sufrido, es un proceso

---

<sup>489</sup> Uno de estos ejemplos lo podemos encontrar en los procesos restaurativos entre miembros de ETA y víctimas. Para mayor información sobre estos aspectos, Ver ETXEBARRIA, X. *Perspectiva restaurativa ante el fin de ETA*.

<sup>490</sup> MONTESDEOCA, D. (1995), *El síndrome del por qué en víctimas de violación como elemento de diagnóstico para la mediación*. (Tesina de fin de carrera de Criminología).

que forma parte de la misma victimización ya que aparece durante el desarrollo de la misma como manera de buscar una salida y continúa en el tiempo hasta que esas preguntas obtienen respuestas por la víctima.

Llegados a este punto podemos definir<sup>491</sup> la “situación del por qué a mí” como el *“conjunto de necesidades de ámbito moral que son expresadas a través de preguntas y cuyo contenido está referido a las motivaciones del ofensor, su elección como víctima e indiferencia al daño acusado y que tienen como objetivo superar el proceso de victimización sin que por ello busque el justificarlo”*.

Precisamente, en los últimos años ha aparecido un nuevo concepto, la “Resiliencia”<sup>492</sup>, (Cyrułnik, 2002, citado por Barudy, 2005), que puede definirse como aquella *“capacidad que tendría una persona o grupo para desarrollarse bien, para seguir proyectándose en el futuro a pesar de acontecimientos desestabilizadores, de condiciones de vida difíciles y de traumas a veces graves”*.

La resiliencia, por tanto, se situaría en una corriente de psicología positiva y promoción de la salud mental, centrado en personas que habiendo padecido

---

<sup>491</sup> MONTESDEOCA, D. (1995), *El síndrome...* op. cit.

<sup>492</sup> BARUDY, L. (2005) *La integración escolar como parte de un modelo de protección infantil basado en la promoción de la resiliencia*, pág. 16.

situaciones traumáticas han podido asumirlas y superarlas, lo que supone según Manciaux<sup>493</sup>, “un ajuste saludable a la adversidad”.

Por ello, la intervención con víctimas desde el paradigma restaurativo provocando la aparición de habilidades personales en la víctima, puede ofrecer una eficaz solución a la superación de las consecuencias de la victimización. Manciaux<sup>494</sup> refiere, que existen diversos factores que le pueden brindar protección a un individuo en asuntos relacionados con la resiliencia con la finalidad de que esta pueda tener un desarrollo integral y eficaz en la superación de las consecuencias de la victimización, y que deberían tomarse en consideración a la hora de la asistencia, atención e intervención con víctimas de delitos.

Sobre las consecuencias que en la esfera psíquica de la víctima conlleva la victimización, la “Teoría del Estrés Transaccional” de Lazarus y Folkman<sup>495</sup>, y el “*Modelo Transaccional de la Victimización*”<sup>496</sup> (MTV), desarrollado con víctimas de agresión sexual, hacen referencia a los distintos tipos de estrategias de afrontamiento, entre ellas, el objetivo básico de buscar una explicación “al porqué de lo sucedido”. Para ello, la persona puede realizar

---

<sup>493</sup> MANCIAUX, M., (2001), *La resiliencia: resistir y rehacerse*, pág. 23.

<sup>494</sup> MANCIAUX, M. *Ibidem*, pág. 24.

<sup>495</sup> Citados por SORIA M.A.; HERNÁNDEZ G.A., (1994), *El agresor sexual y la víctima*, págs. 60-70

<sup>496</sup> SORIA M.A.; HERNÁNDEZ G.A. (1994), *El agresor sexual y la víctima*, pág. 72.



procesos de comparación social o intrapersonal, buscar información sobre el tema, etc. En función de todo ello, llega a atribuir una culpabilidad del suceso externa (hacia el entorno) o interna (sobre ella misma). Según este estudio, los procesos de atribución son el tronco central del proceso de adaptación, al facilitar una respuesta a la pregunta clave de la victimización ¿Por qué me ha sucedido esto?.

A partir de ello, la víctima aprende a vivir con lo sucedido, respecto a lo que hizo, lo que no, lo que debió hacer, lo que hubiera sucedido si lo hubiera hecho, que haría si volviera a suceder, etc.

Si la evolución es positiva, progresivamente la víctima comprende que pensar en el pasado no le aporta nada beneficioso y poco a poco se va centrando de nuevo en el presente y futuro de su vida, aunque en determinados momentos y en presencia de estímulos muy diversos, pueda reiniciar parcialmente el proceso de búsqueda atributiva.

El resultado de todo este proceso son dos grandes grupos de atribución de culpabilidad: interna o externa.

La autoinculpación interna se divide en caracterial y comportamental, siendo esta el elemento guía en el proceso de readaptación de la víctima. La autoinculpación comportamental es atribuida a un error en la propia conducta y la caracterial es atribuida a la pertenencia a un tipo de grupo social

predeterminado para la victimización<sup>497</sup> y la atribución de responsabilidad dependía de la personalidad de la víctima y diferenciaban entre la externa, si la actuación o inactividad de alguien causó el delito y la interna, cuando la propia conducta, negligencia, falta de atención, etc., provocó el delito<sup>498</sup>.

Pero, a pesar de lo anterior, uno de los principales obstáculos que pueden impedir que la víctima culmine su recuperación y satisfacer las respuestas de “la situación del por qué a mí” que pudieran colaborar en esta superación del hecho traumático, lo encontramos en que la fuente de información a estas incógnitas no las podemos solventar en el sistema penal actual, ya que su verticalidad impide en la mayoría de las ocasiones una comunicación efectiva entre victimario y víctima. Por ello, las técnicas de Justicia Restaurativa como instrumentos de reparación moral, pueden ser para la víctima, un modelo adecuado para entender el hecho traumático sufrido y así comprenderlo para superarlo.

Visto así, la “situación del por qué a mí”, puede ser un elemento de diagnóstico para la identificación de la actitud de la víctima a un hipotético acercamiento, ya sea directo o indirecto con su agresor, así como las posibilidades de llevar a cabo una intervención con la víctima a través de un

---

<sup>497</sup> Vid. JANOFF-BULMAN, R. (1992), *Shattered assumptions: Towards a new psychology of trauma*.

<sup>498</sup> MORTON, B. ; SANGREY, D. (1979), *The Crime Victim's Book*, pág. 75.

programa de Justicia Restaurativa de amplio desarrollo, o a través de algunas de sus técnicas restaurativas.

Esta intervención tendría como objetivo la reparación del daño moral, ofreciendo tanto al agresor como a la víctima la posibilidad de discutir directa o indirectamente sobre la explicación de lo ocurrido, así como la oportunidad que se le presenta al agresor del ofrecimiento del perdón a la persona perjudicada, viéndose esta satisfecha si tal ofrecimiento coincide con la demanda de sus necesidades.

De aquí la importancia de la aplicación y desarrollo de programas y técnicas de la Justicia Restaurativa en este tipo de situaciones, que por otro lado son marginales en nuestro sistema de justicia penal actual.

#### **4. Las técnicas restaurativas aplicadas al sistema penal y su eficacia**

El derecho penal tiene como función ordenar la vida en sociedad y tiene su razón de ser en que constituye un medio imprescindible para posibilitar la vida en comunidad. Pero la utilización del Derecho Penal no es el único medio, ni siquiera el más eficaz que la sociedad emplea para el mantenimiento de las expectativas de sus miembros, lo que no obsta para que sea un instrumento necesario e irrenunciable.

Así, el Derecho Penal es el sector del Ordenamiento Jurídico Penal que asocia un determinado supuesto de hecho que se encuentra tipificado como ilícito penal en el Código Penal al que se asocian determinadas penas<sup>499</sup>.

Por lo que respecta a la aplicación de la ley penal procesal, el procedimiento penal comienza con la fase de Instrucción. En ella, se investigan los hechos que han dado lugar a la incoación del procedimiento a través de la denuncia o querrela.

Posteriormente, en la fase de Juicio Oral, tiene lugar el enjuiciamiento de los hechos que han sido previamente calificados por las partes personadas en el procedimiento, concluyendo este con una sentencia condenatoria o absolutoria. En caso de que la sentencia sea condenatoria, se abriría un procedimiento denominado Ejecutoria. En esta fase es donde se lleva a cumplimiento la condena impuesta por resolución judicial.

Con respecto a la organización judicial de nuestro sistema penal, nos referiremos aquí a aquellos órganos judiciales en los que es susceptible incluir desde el ámbito jurídico penal, programas restaurativos: Juzgados de paz; Juzgados de Instrucción; Juzgados de Violencia sobre la Mujer; Juzgados de lo Penal; Juzgados de Vigilancia Penitenciaria y Audiencia provincial.

---

<sup>499</sup> Artículo 1.1 del Código Penal. “*No será castigada ninguna acción ni omisión que no esté prevista como delito por ley anterior a su perpetración*”.

#### 4.1. Aplicación de las técnicas restaurativas

Como ya se dijo, la Justicia Restaurativa es un nuevo movimiento en el campo de las ciencias penales que parte de la premisa de que el crimen causa daño no sólo a personas individualmente consideradas a toda la sociedad, proponiendo la idea de que la justicia debe reparar esos daños y que a las partes se les permitirá participar en ese proceso. Los programas de Justicia Restaurativa, por tanto, permiten a la víctima, a los delincuentes y los miembros afectados de la comunidad a participar en la respuesta a la delincuencia.

El proceso restaurativo se ofrece como una poderosa forma de abordar no solo los aspectos materiales y lesiones físicas causadas por el crimen, sino también otros daños de índole social y psicológico. Cuando una de las partes no es capaz o no quiere participar en ese encuentro, se pueden utilizar otras técnicas para lograr reparar el daño.

A pesar de que pudiera parecer que la aplicación de la Justicia Restaurativa, debe ser reducida para aquellos hechos ilícitos contra bienes jurídicos aparentemente “sencillos de restaurar”, como los delitos contra la intimidad, contra el honor o contra el patrimonio, la experiencia práctica nos dice que el proceso restaurativo se puede aplicar en todo tipo de supuestos, teniendo en cuenta una serie de condicionantes que más adelante expondremos.

Por lo que respecta a la aplicación y desarrollo de sus técnicas, es preciso partir de dos elementos necesarios, el primero, la responsabilidad del delincuente, y el segundo, la voluntariedad de las partes a participar. El éxito del proceso restaurativo no se establecerá por la cuantificación del castigo sino por la cantidad de daño que es reparado o evitado.

Pero los programas restaurativos contribuyen también a la rehabilitación del ofensor, en la medida que asumiendo la responsabilidad y las consecuencias de su comportamiento delictivo, puede lograr a través de una posición empática, ponerse en el lugar de la víctima, propiciando la disminución de los factores de riesgo de la reincidencia.

### **Condiciones, valores y metas del Proceso Restaurativo**

Las condiciones para que un proceso restaurativo puede iniciarse, deben resumirse en tres cuestiones: 1º) Tanto el ofensor como la víctima deben desear participar en el proceso; 2º) Ambos deben estar en óptimas facultades volitivas e intelectivas; 3º) La figura del Facilitador exige que se trate de una persona preparada e instruida para abordar con garantías el proceso.

Respecto a los valores y metas del proceso, siguiendo el Manual de Programas de Justicia Restaurativa<sup>500</sup>, podemos señalar que deben darse cuatro elementos básicos para que un proceso restaurativo alcance sus

---

<sup>500</sup> *Manual sobre programas de Justicia Restaurativa.* (2006) Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito. Pág. 8

objetivos: (a) la existencia de una víctima identificable; (b) participación voluntaria de la víctima; (c) el delincuente debe aceptar la responsabilidad de su comportamiento delictivo; y (d) la participación del delincuente no puede ser forzada. La mayoría de los métodos restaurativos se esfuerzan por alcanzar una dinámica interactiva específica entre las partes involucradas.

### **Mención especial al supuesto de “violencia de género”**

La Ley 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, establece en su artículo 44 apartado 5 que en todos estos casos estará vetada la mediación. Junto a la limitación a la mediación, la redacción del artículo 57.2<sup>501</sup> del Código Penal tras la reforma de la LO 15/2003<sup>502</sup>, impone de forma obligatoria “en todo caso” en las sentencias

---

<sup>501</sup> Artículo 57.2 del Código Penal. “*En los supuestos de los delitos mencionados en el primer párrafo del apartado 1 de este artículo cometidos contra quien sea o haya sido el cónyuge, o sobre persona que esté o haya estado ligada al condenado por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a su custodia o guarda en centros públicos o privados se acordará, en todo caso, la aplicación de la pena prevista en el apartado 2 del artículo 48 por un tiempo que no excederá de diez años si el delito fuera grave, o de cinco si fuera menos grave, sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo segundo del apartado anterior*”.

<sup>502</sup> Artículo 48 del Código Penal. “*1. La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos impide al penado residir o acudir al lugar en que haya cometido el*

en que las existe condena en procedimientos de violencia de género, la pena de prohibición de aproximarse y de comunicarse con la víctima, obstaculizando así la aplicación del proceso de mediación<sup>503</sup>.

Desconocemos si existen evidencias empíricas que constaten que la utilización de la mediación en “todos” los casos que se incoan en los juzgados de violencia contra la mujer, sean perjudiciales para la víctima.

Ahora bien, que en determinados supuestos, la mediación penal no sea viable como técnica, no puede descartar, por ello, la aplicación de otras técnicas restaurativas, ya que el fin es recuperar la situación de la víctima y

---

*delito, o a aquel en que resida la víctima o su familia, si fueren distintos. En los casos en que exista declarada una discapacidad intelectual o una discapacidad que tenga su origen en un trastorno mental, se estudiará el caso concreto a fin de resolver teniendo presentes los bienes jurídicos a proteger y el interés superior de la persona con discapacidad que, en su caso, habrá de contar con los medios de acompañamiento y apoyo precisos para el cumplimiento de la medida.*

*2. La prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, impide al penado acercarse a ellos, en cualquier lugar donde se encuentren, así como acercarse a su domicilio, a sus lugares de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ellos, quedando en suspenso, respecto de los hijos, el régimen de visitas, comunicación y estancia que, en su caso, se hubiere reconocido en sentencia civil hasta el total cumplimiento de esta pena. 3. La prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, impide al penado establecer con ellas, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual. 4. El juez o tribunal podrá acordar que el control de estas medidas se realice a través de aquellos medios electrónicos que lo permitan”.*

<sup>503</sup> SÁEZ, C. (2011) *La estrategia penal contra la violencia de género en su complicado encaje con la mediación penal, en Justicia Restaurativa, Mediación Penal y Penitenciaria: un renovado impulso*. Pág 211



lograr su reparación, al tiempo que se intenta reducir el comportamiento violento del ofensor.

En este sentido, la profesora MERINO<sup>504</sup>, señala que esta decisión legislativa no está fundamentada empíricamente y ve necesario rechazar planteamientos rígidos a la hora de utilizar la mediación en situaciones de violencia de género<sup>505</sup>. En este sentido parte de una serie de premisas para que pueda aceptarse el inicio de la mediación en estos supuestos<sup>506</sup> e identifica una serie de situaciones que impedirían aceptar el caso<sup>507</sup>.

---

<sup>504</sup> CRISTINA MERINO es doctora por la Universidad del País Vasco en materia de Análisis y Resolución de Conflictos y profesora asociada en análisis y procesos de gestión de conflictos.

<sup>505</sup> MERINO, C., (2013), *La mediación familiar en situaciones asimétricas. Procesos de gestión de conflictos con episodios de violencia, drogodependencias, enfermedad mental y desequilibrio de poder.*, pág 195-202

<sup>506</sup> MERINO, C., *Ibidem*, la autora citando a Camacho. Vid. CAMACHO, I.M. (2010) *Análisis socio-histórico-jurídico de los modelos informales de resolución de conflictos con especial referencia a la mediación familiar. Tesis Doctoral* plantea: “La víctima debe aceptar voluntariamente el servicio y tener capacidad de participar asertivamente; La persona agresora muestra buena fe y no demuestra conducta controladora o abusiva; La víctima no le teme a la persona agresora o se siente segura en presencia de la persona mediadora; La víctima expresa un interés alto en evitar el procedimiento judicial; La mediación haya sido recomendada por alguna entidad que tenga entre sus funciones apoyar a las víctimas de violencia doméstica, o incluso por la persona que represente legalmente a la víctima”.

<sup>507</sup> MERINO, C., *Ibidem* Respecto a las situaciones que impedirían aceptar el caso de mediación, se encuentran: *Persiste una situación de violencia física; La víctima se siente intimidada o coaccionada por la persona agresora; Existen amenazas de causar daño físico o del uso de arma contra la víctima.; La víctima le teme al agresor, a pesar de la presencia de la persona mediadora o de una persona acompañante; La persona mediadora observa que la*

Para Merino<sup>508</sup> “mantener la seguridad de la víctima, su voluntariedad razonada para participar en el proceso, así como el hecho de que conserve o pueda preservar su autodeterminación aun con la ayuda de la persona mediadora o una tercera persona exterior experta, se convierten en los ejes básicos a partir de los cuales se podrá decidir si la mediación se puede o no llevar a cabo”.

Por lo que respecta a las características de los acuerdos derivados de casos en los que existió violencia, ILUNDAY y TAPIA, aconsejan que su cumplan una serie de condiciones<sup>509</sup> a fin de poder formalizarlos con garantías<sup>510</sup>.

---

*parte agresora manifiesta conducta hostil, controladora o manipuladora hacia la víctima. - La persona mediadora considera, que la seguridad física y mental de la víctima, de alguno de sus familiares, o incluso de quien media estaría en riesgo como resultado del proceso de la mediación.*

*La persona mediadora no debe participar de una mediación cuando una de las partes alegue la existencia de violencia doméstica o intrafamiliar o entienda que esta existe, a menos que:*

*La mediación haya sido solicitada por la víctima y que la mediación se ofrezca de manera que proteja la salud y seguridad de la víctima por una persona mediadora entrenada para atender situaciones de violencia doméstica o intrafamiliar.*

<sup>508</sup> Merino, C. (2013) *La mediación...* op cit., pág 197.

<sup>509</sup> ILUNDAIN, M; TAPIA, G. (2003), “Mediación y violencia familiar”. *La Trama: Revista Interdisciplinaria de Mediación y Resolución de Conflictos*, N° 28. Las características según estos autores son: *Que se incluya una exposición de los hechos violentos enunciados. Esto constituye un documento que podrá ser usado por la víctima si la violencia vuelve a ocurrir; Si es solicitado por la víctima, que el acuerdo incluya una cláusula de no contacto o si existe*

No cabe duda, sin embargo, de que estamos ante situaciones difíciles y ante un problema complejo, pero esta situación no se resuelve negando la posibilidad de la incorporación de métodos nuevos. Países como Argentina y EE.UU, tienen amplia experiencia en el desarrollo de la mediación en violencia de género, por lo que se debería “flexibilizar el proceso y adaptarlo a las características de la situación”.

---

*alguno, el detalle de cómo y cuándo podrá tener lugar el mismo y cuál será; Si las partes tienen hijos y viven separados, se especificarán las pautas que tiendan a la protección de los mismos en el caso de las visitas; Se incluirá la obligación de compensar económicamente los gastos médicos, legales o de cualquier índole que pudieran ser consecuencia de la violencia; Se entiende que es preferible establecer que este acuerdo sea homologado por el juez y pueda constituir una prueba. Establecer unas fechas de seguimiento y acuerdos a corto, medio y largo plazo.*

<sup>510</sup> ESQUINAS, P. (2008). *Mediación entre víctima y agresor en la violencia de género*. En la propuesta de esta autor se contiene: - *Equilibrar la posición de la mujer respecto de su (ex) pareja masculina. Proceso de “fortalecimiento” o de “adquisición de poder” (empowerment) por parte de la víctima; Equilibrar la posición de la persona agresora respecto de la víctima; asegurar sus garantías procesales durante el proceso de mediación; Preservar la seguridad de la víctima a través de medidas aplicadas antes, durante y después de los encuentros; Como consecuencia de iniciar un proceso de mediación, la persona agresora debe previamente haber reconocido su implicación en los hechos; Elaborar un modelo mixto entre las formas de intervención de la Justicia Tradicional y de la Justicia Restaurativa en ese ámbito.*

## **4.2. Categorías actuales de Técnicas Restaurativas**

Las técnicas restaurativas están en constante evolución, son abiertas y flexibles y, por tanto, no deben entenderse dentro de un marco de categorías cerradas, sino al contrario, las ya existentes deben mejorar en su eficacia y las que sean creadas teniendo en cuenta la experiencia empírica, deben desplegarse en su desarrollo para ser aplicadas en el proceso restaurativo.

Las técnicas restaurativas que podemos utilizar en compatibilidad con el proceso penal actual ordinario son las siguientes: Mediación Penal; Conciliación Penal, Conferencias Restaurativas y Círculos Restaurativos.

Junto a estas se añaden dos más, que hemos denominado “Encuentros Restaurativos” y “Reuniones Restaurativas en Grupo” y que serán concretadas como propuesta en el siguiente capítulo.

### **Mediación Penal**

Es la técnica restaurativa más conocida y practicada. Este proceso ofrece a la víctima la oportunidad de conocer a su agresor en un espacio de diálogo y ambiente estructurado, con la participación de un mediador entrenado y equidistante de los protagonistas.

El objetivo final de la mediación entre víctima e infractor busca: que la víctima pueda ver satisfechas sus verdaderas necesidades, estimulando al

delincuente para comprender el impacto del delito y que asuma la responsabilidad por el daño causado. Todo ello con la plena disponibilidad de ambas partes para desarrollar un plan que aborde la restauración del daño, en un ambiente abierto y sin la formalidad procesal y verticalidad que exige el proceso penal ordinario<sup>511</sup>.

Se trata por tanto de un método complementario al proceso, con un carácter de gestión positiva del conflicto, evitando la confrontación, sustentado sobre el diálogo entre las partes, que se ven asistidas por un tercero imparcial (mediador o facilitador) cuya función consiste en aproximar sus posiciones y en colaborar a través de un espacio de diálogo en la consecución de un acuerdo pero sin que en ningún caso pueda imponer ni recomendar o proponer la solución al conflicto.

Respecto a sus características<sup>512</sup> destacamos:

a) Voluntariedad: las partes son totalmente libres para acudir, o no, a la mediación, así como para desistir de ella en cualquier momento de su tramitación. Además son las encargadas de tomar sus propias decisiones en el proceso, fundamentalmente en cuanto al contenido del acuerdo que pone fin al

---

<sup>511</sup> PETERS, T., (1994), *Mediación para la reparación*, pág., 85.

<sup>512</sup> PEACHEY, D.; WAHL, G., (1997), *Making the most of mediation: A participant's guide to resolving land use and planning disputes*, págs., 35 y ss.

procedimiento de mediación y a través del cual se plasma la solución del conflicto.

b) Equilibrio e igualdad: la mediación se ha de desarrollar desde la premisa del equilibrio e igualdad entre las partes, sin que ninguna de ellas pueda tener una posición de superioridad sobre la otra.

c) Confidencialidad: todo lo actuado en mediación queda reservado para las partes y el mediador, sin que pueda trascender fuera del ámbito del proceso, salvo acuerdo expreso de las partes en sentido contrario.

d) Carácter personalísimo: la mediación se debe desarrollar con la presencia inexcusable de las partes en conflicto y el mediador, no pueden ser representadas por ninguna otra persona, puesto que son ellas a quienes concierne la búsqueda de la solución al conflicto.

e) Oralidad: la mediación es una forma de solución del conflicto que prima la presencia directa y el contacto entre las partes para que manifiesten sus posturas. Por ello se desarrollará en forma oral.

f) Respeto al derecho: en mediación no pueden acordarse ni desarrollarse soluciones y actuaciones que sean contrarias a la ley.

g) Asistencia jurídica: las partes pueden verse asistidas en la mediación por Abogado, siendo facultativa, pero no obligatoria, su utilización.

h) Gratuidad: El proceso debe ser gratuito debido al carácter público que tiene el Derecho penal; los gastos derivados de la mediación deben ser asumidos por la Administración de Justicia.

Las experiencias sobre este tipo de programas<sup>513</sup> han evidenciado una mayor satisfacción entre las víctimas y los delincuentes que participaron en la mediación, la reducción o eliminación del miedo en las víctimas, una mayor

---

<sup>513</sup> En Canarias tenemos como referente, “*Intermedia*”, el servicio de mediación de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria (ULPGC). Tal como se detalla en su web oficial [intermedia.ulpgc.es](http://intermedia.ulpgc.es), *intermedia.ulpgc* es un “servicio de Mediación, Resolución de Conflictos, Intervención y Preservación Familiar, público, gratuito y de carácter eminentemente social creado en el seno de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, con la pretensión inequívoca de dotar a la sociedad canaria de un programa óptimo de servicios destinado a la resolución de sus conflictos de un modo alternativo al judicial imperante. Aunque el destinatario inicial es la familia como eje vertebrador de la sociedad, su campo de acción abarca a todos aquellos conflictos que de diversa índole (social, intercultural, escolar, penal, etc.) surjan en la propia dinámica de las relaciones humanas. La innovación que supone la creación de este servicio dimana no sólo del hecho de constituir una primicia en el seno de las universidades canarias sino también de que está compuesto por un equipo multidisciplinar especializado en Mediación e Intervención Familiar, con cualificación académica y experiencia acreditadas. Los miembros que lo integran provienen de un amplio abanico de profesiones - abogados, psicólogos, psiquiatra infanto-juvenil, psicopedagogo y educador social- de lo que se deriva un extenso conocimiento no sólo de los individuos sino también de los conflictos en que se ven inmersos, de las causas que los desencadenan, del proceso de abordarlos y, en definitiva, de los mecanismos que subyacen en la toma de decisiones y en su eventual resolución. Como Servicio público, *intermedia.ulpgc* es complementario a los ya existentes y ante los que se presenta con un espíritu eminentemente colaborativo en la medida en que a través del refuerzo que presta la propia ULPGC puede aportar novedosas vías de trabajo hasta ahora inabarcadas. Surge como una muestra más del compromiso que esta universidad canaria tiene con la sociedad que propició su formación y que la ha apoyado en todo momento”.

probabilidad de que el delincuente complete la reparación y una reducción de los factores de riesgo para cometer nuevos delitos en comparación con los que fueron partes en el proceso judicial ordinario.

Esta técnica que se desarrolla en varias sesiones y en las que la comunicación entre víctima y victimario es directa, podría ser empleada en Juzgados de Paz en aquellos hechos de carácter leve, entre vecinos de pequeñas comunidades y puede actuar como fuente inhibidora de factores de riesgo para una cronificación del conflicto, reduciendo la tensión entre las partes o directamente eliminándola.

También en los Juzgados de Instrucción, en donde el conflicto está consolidado, es de aplicación la mediación penal; de hecho los proyectos oficiales de mediación penal que el propio Consejo General del Poder Judicial mantiene activos, se encuentran en pleno desarrollo en estos órganos judiciales.

Esta actuación de prácticas restaurativas en los Juzgados de Instrucción ayudaría a una significativa reducción de procedimientos, favoreciendo con ello, una mayor calidad de la justicia, utilizando este tiempo y esfuerzo “sobrante” en aquellos asuntos que no son susceptibles de complementarlos en un proceso restaurativo porque no se den las condiciones mínimas necesarias.



En Los Juzgados de lo Penal y en las Audiencias Provinciales, también puede aplicarse la mediación penal. A estos órganos llegan aquellos procedimientos en los que se solicita una penalidad más alta y en donde los hechos que son enjuiciados son más complejos de resolver, ejemplo de ello pueden ser delitos contra la vida, la integridad física o la libertad sexual. En estos órganos judiciales ya se contempla la figura de la mediación penal<sup>514</sup>, en concreto en el artículo 84 del Código Penal que establece que *“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:*

---

<sup>514</sup> Antes de la regulación definitiva de la mediación penal tal y como la conocemos, la reforma procesal propuesta por el Gobierno de 2011 incluía una propuesta de regulación de los efectos procesales de la mediación, a través de dos iniciativas legislativas, el Anteproyecto de Ley Orgánica de desarrollo de los derechos fundamentales vinculados al proceso penal y el XXVI Anteproyecto de nueva Ley de Enjuiciamiento criminal, de 27 de julio de 2011. El primer texto incluye un precepto (art 16) dedicado a las consecuencias penológicas de la conformidad y la mediación, según el cual, *“en los supuestos de conformidad y mediación la legislación procesal penal podrá autorizar la imposición de la pena inferior en grado a la mínima prevista para la infracción en la ley penal sustantiva”*. Por su parte el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal contiene un capítulo dedicado a la mediación penal. En su Exposición de motivos, se declara que *“la mediación ha de concebirse como un instrumento al servicio de la decisión expresa del Estado de renunciar a la imposición de la pena cuando ésta no es necesaria a los fines públicos de prevención y pueden resultar adecuadamente satisfechos los intereses particulares de la víctima”*. La regulación proyectada otorga competencias al Fiscal, como director de la investigación, respecto a la derivación al proceso de mediación y a los efectos del mismo. Así, según la Exposición de motivos, *“podrá impulsar, a través de la mediación y con el consentimiento de los afectados, la obtención de una solución reparadora de los intereses particulares en juego en función de la disminución o ausencia de interés del Estado en el castigo”*.

1.<sup>a</sup> *El cumplimiento del acuerdo alcanzado por las partes en virtud de mediación. (...)*<sup>515</sup>

## **Conferencias Restaurativas**

Este proceso se caracteriza porque reúne a la víctima, el delincuente y las familias, para decidir y discutir soluciones para hacer frente a las consecuencias del delito.

Entre los objetivos de la conferencia se incluye dar la posibilidad y la oportunidad a la víctima de participar directamente en la respuesta del delito; el aumento de la conciencia del infractor de los efectos de su comportamiento y proporcionar una oportunidad a este de asumir la responsabilidad por ello<sup>516</sup>.

La conferencias restaurativas, conocidas también bajo el concepto de “Conferencing” es una adaptación de las prácticas tradicionales en Nueva

---

<sup>515</sup> MUÑOZ CONDE, F; GARCÍA ARÁN, M. (2015) *Derecho Penal. Parte General*. Pág. 669. Al respecto de la mediación penal señalan los autores: “*la primera mención a la mediación en el Código Penal se hace en la LO 1/2015, de 30 de marzo, en relación con la modificación de la suspensión de la pena (art. 84.1.1º), en la que puede imponerse como condición el cumplimiento del acuerdo alcanzado por las partes en virtud de la mediación, sin que, de momento, se hayan precisado legalmente cuáles son las exigencias de tales procedimientos de mediación. Ello supone una confirmación indirecta de los programas que ya se estaban aplicando, lo que no elimina la necesidad de una regulación clara de los mismos*”.

<sup>516</sup> PARKER, L., (2004), “Using Traditional Practices to Improve the Justice System”, *Restorative justice*, pág., 58.

Zelanda, y que se modificaron y actualizaron en Australia para su uso por la policía. Actualmente uso se encuentra extendido en América del Norte y Europa y la investigación sobre este tipo de programas muestra grados muy altos de satisfacción de las víctimas y delincuentes con el proceso y los resultados<sup>517</sup>.

La característica fundamental de la conferencia es la mayor participación, en comparación con la mediación, de la comunidad local y la comunidad de apoyo de las partes directamente implicadas en el delito.

El desarrollo de esta técnica, estuvo muy influenciado por la Teoría de la Vergüenza Reintegrativa de BRAITHWAITE, que como vimos, de acuerdo con ella, es una expresión de desaprobación social que genera sentimiento de culpa en una persona por los hechos que ha realizado, sin estigmatizarle, mostrándole comprensión y respeto. Esta vergüenza impulsaría a la persona a cambiar su comportamiento y sería, por tanto, muy efectiva según esta teoría, en la prevención de la reincidencia<sup>518</sup>.

En cuanto a los modelos aplicados en el ámbito penal, se encuentran por un lado, las conferencias de grupo familiar (*family group conferencing*), y las *police-led conferencing*. No existe una metodología única, generalmente se

---

<sup>517</sup> MILLER, S., (2011), *After the Crime, The Power of Restorative Dialogues between Victims and Violent Offenders*, págs., 60-88.

<sup>518</sup> Vid. BRAITHWAITE, J., (2002), *Restorative Justice and Responsive*.

llevan a cabo de una manera informal, aunque sí pueden extraerse las siguientes fases:

a) Contacto inicial

En esta fase el Facilitador contacta con la víctima, el victimario y personas de su círculo cercano para explicarles el proceso y acordar un lugar y una fecha para llevar a cabo la reunión. Es habitual que se invite a participar también a profesionales del ámbito social y a operadores jurídicos.

b) Acogida

El facilitador recibe a quienes participan, les da la bienvenida, los presenta y les explica el objetivo de la reunión. A continuación, se leen los hechos que han llevado a la incoación del procedimiento penal y el ofensor debe reconocer su responsabilidad. En caso contrario, el proceso se suspendería y se remitiría de nuevo al juzgado correspondiente.

c) Vivencias personales y debate

Después de que el infractor reconozca los hechos, se les pide a la víctima, o a alguno de sus acompañantes, que cuente su vivencia sobre los hechos en cuestión y las consecuencias que ha tenido para ella. A continuación, se le dará el turno al ofensor y a sus acompañantes, ofreciéndoles la posibilidad de expresar su punto de vista sobre el desarrollo de los hechos. Es posible que en este momento el ofensor o su familia expresen arrepentimiento o pidan perdón. Esta fase puede ser la más intensa a nivel

emocional, dado que en ella, después de las intervenciones sobre los hechos, todos los participantes pueden expresarse libremente, hacerse preguntas, etc.

#### d) Reunión privada

En ocasiones, al debate le sigue un espacio privado en donde las partes discuten sobre las posibles soluciones.

#### e) Creación del acuerdo

Cuando han encontrado una posible solución, se formaliza un acuerdo que deberá contener un plan de reparación a la víctima. Seguidamente, el Facilitador, redactará el acuerdo alcanzado, y una vez firmado por todas las partes lo remitirá al Juzgado.

Esta técnica puede emplearse como una herramienta eficaz de reparación moral en la victimización de cualquier delito y podría ser un excelente complemento en procedimientos en los que el órgano judicial competente fuera la Audiencia Provincial por el tipo de hechos de naturaleza delictiva compleja y grave de las que es competente.

## Círculos restaurativos

Los círculos fueron adaptados de ciertas prácticas tradicionales que los nativos americanos practicaban y en la actualidad están siendo utilizados en América del Norte.

Este es un proceso diseñado para desarrollar un plan de consenso entre los miembros de la comunidad, las víctimas y su entorno, los delincuentes y su entorno, jueces, fiscales, policías, abogados y los servicios sociales a través de la discusión entre todas las partes interesadas.

Entre los objetivos fundamentales de esta técnica destacan: la “sanación” de todas las partes afectadas, dando al delincuente la oportunidad de modificar su conducta; y la responsabilidad compartida de víctimas, delincuentes, y la comunidad en la búsqueda de soluciones constructivas, que aborden las causas subyacentes del comportamiento criminal; y la construcción de un sentido de comunidad en torno a valores compartidos<sup>519</sup>.

En algunos círculos pueden participar también profesionales de otros ámbitos, con el fin de aportar un punto de vista más amplio y una mayor comprensión sobre el conflicto, así como ofrecer información sobre posibles recursos. Es una práctica muy versátil; se adapta al número de personas que

---

<sup>519</sup> Vid. GOULDING, D.; STEELS, B., (2013), *Ten years on, the "three circle" model of restorative & transformative justice: a tool to combat victimization and recidivism*.

participen, al objetivo que se pretenda, puede usarse con diferentes metodologías y con duraciones diferentes. Los círculos, con carácter general, tienen como principal característica la utilización de una dinámica especial para el diálogo. La dinámica de comunicación en los círculos y la utilización de un objeto para determinar el turno de participación crean un efecto de equilibrio en las personas participantes en el propio proceso, regulando sus intervenciones, y en el propio conflicto.

Esta técnica contiene cuatro fases esenciales<sup>520</sup>:

a) Valoración

En la primera fase deberá valorarse si la práctica de esta técnica es apropiada a los hechos, atendiendo a diferentes factores: asunción de responsabilidad por el ofensor; participación voluntaria de las partes, etc.

b) Preparación

En la segunda fase se prepara el círculo, se explica la metodología y se da toda la información necesaria a las personas que van a participar, empezando por aquellas que son parte directa en el conflicto y siguiendo por el resto.

---

<sup>520</sup> Vid. VAN NESS, D.; STRONG, K. (2010), *Restoring Justice: An Introduction to Restorative Justice*.

### c) Círculo

En la tercera fase se realiza el encuentro. Todas las personas que han sido invitadas e informadas previamente y que desean participar se sientan en círculo, sin mesa ni ningún otro objeto entre ellas, y el facilitador guía la comunicación. El lugar donde se ubicará cada participante en el círculo debe estar fijado de antemano.

### d) Seguimiento

Por último, la cuarta fase será la de seguimiento, en la cual se valorará la aplicación del acuerdo, la situación actual de las personas que participaron en el anterior encuentro y la relación entre ellas. Posteriormente se podrán realizar nuevas reuniones del círculo.

Esta técnica se presenta muy válida para ser utilizada en los Centros Penitenciarios y en los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria, ya que son los que velan porque la ejecución de la pena impuesta se cumpla con todas las garantías y son los que toman las decisiones que afectan a la preparación progresiva de la libertad del interno.

La aplicación de esta herramienta puede conseguir en el interno en prisión la comprensión de las consecuencias aparejadas al comportamiento criminal y que logre entender las necesidades que demanda la víctima, así como las vías restaurativas para lograr solventarlas.



Estimamos además que la participación del victimario en este proceso y el resultado del mismo, puede servir además como elemento a tener en cuenta por la Junta de Tratamiento y por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria en la superación de distintas fases de su pena y de su progresión hacia la libertad.

### **Conciliación Penal**

Por último, la Conciliación es una técnica de resolución de conflictos, a través de la cual las personas se valen de la intervención de un tercero que los asiste en la solución del mismo. Es por tanto una negociación asistida, en la cual las partes tratan, junto con el conciliador, de solucionar consensualmente un ilícito penal.

El procedimiento de conciliación ha de ser sencillo, flexible y rápido. Se celebrará bajo la dirección y condiciones establecidas por el conciliador, previo acuerdo voluntario entre las partes. El conciliador dirigirá las negociaciones y tendrá la facultad de proponer, pero no imponer, posibles soluciones al conflicto<sup>521</sup>.

En la conciliación intervendrán el agresor y la víctima, como protagonistas del conflicto, además del conciliador, y en ocasiones podrá el ser el Juez, el Ministerio Fiscal o un tercero. Incluso puede ser aconsejable, en determinados

---

<sup>521</sup> MANZANARES, J.L., (2007), *Mediación, Reparación y Conciliación en el Derecho Penal*, págs. 57 y ss.

casos, la participación de otros sujetos, que ni siquiera figuren formalmente dentro del proceso penal, pero que de alguna manera estén involucrados en el conflicto<sup>522</sup>.

El resultado se obtiene a partir de que las partes profundizan en encontrar una solución satisfactoria de forma conjunta, permitiendo, que en el desarrollo del proceso, intervenga un tercero, que tenga la capacidad de proponer fórmulas con sentido conciliatorio, fomentado la comunicación entre las partes.

La conciliación ha sido recomendada desde 1985 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en la *Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delito y del Abuso de Poder*<sup>523</sup>, al disponer formalmente lo siguiente: “Se utilizarán, cuando proceda, mecanismos oficiosos para la solución de las 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”.

En la esfera penal, se trata de una técnica con mucha proyección. Su sencillez con respecto a otras técnicas restaurativas de mayor complejidad hacen de ella una herramienta útil para conseguir grandes resultados, siendo

---

<sup>522</sup> MORRIS, A.; YOUNG, W., (2000), *Reforming Criminal Justice: The Potential of Restorative Justice*, pág. 59.

<sup>523</sup> *Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder*, adoptada por la Asamblea General en su resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985.

sus principales efectos, la adecuada reparación en la víctimas, y en los ofensores reducciones importantes de la pena solicitada por las acusaciones y que puede llevar en casos, a provocar el archivo y el sobreseimiento de las actuaciones.

Su aplicación práctica puede establecerse en los Juzgados de Instrucción, Juzgados de lo Penal y en las Audiencias Provinciales. En los dos primeros, su aplicación vendría razonada como proceso central y previo, en aquellos supuestos susceptibles de negociación tanto con la Fiscalía, como con la Acusación Particular, como situación preparativa a los actos de conformidad, en la que el condenado reduciría de forma considerable su condena y la víctima podría ser reparada.

En los delitos privados que son susceptibles de impulso penal por parte del perjudicado y la extinción del procedimiento con la aceptación del perdón del ofendido, el resultado del acuerdo alcanzado, puede significar la retirada de la acusación y la renuncia a la responsabilidad civil, lo que ocasionaría su archivo o sobreseimiento.

En cuanto a Audiencia Provincial, esta técnica puede utilizarse para lograr una reparación que satisfaga a la víctima, afectando con ello al fundamento del reconocimiento de los hechos y un acuerdo con las acusaciones para una reducción de la condena.

El recorrido realizado en este Capítulo, tiene la intención de conocer a grandes rasgos cuáles son las técnicas restaurativas y poner las bases de su utilización en el proceso penal. Se ha destacado la función y características de los programas restaurativos, así como la aplicación de sus técnicas. Las bondades que pueden propiciar estos programas en los protagonistas del conflicto, ofensor y víctima, nos ponen en el camino de buscar y conseguir una mayor integración del ordenamiento jurídico penal y la Justicia Restaurativa. En esta línea surge la propuesta de un modelo que integre estos recursos y que se adapte al proceso penal actual, como complemento de este y al que he denominado Modelo Integrador del Proceso Restaurativo.

## **CAPÍTULO V**

### **MODELO INTEGRADOR DEL PROCESO RESTAURATIVO**

## 1. Introducción

Como ha quedado expuesto a lo largo de esta investigación, existe un abanico de técnicas restaurativas, de las cuales la mediación penal es la más conocida y, por el momento, la única utilizada en nuestro ordenamiento jurídico. Esto puede deberse al tardío cumplimiento del Estado español de la Decisión Marco del Consejo de 15 de marzo de 2001 (2001/220/JAI)<sup>524</sup>, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, que señalaba:

---

<sup>524</sup> Esta Decisión Marco fue derogada por 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.

*“Los Estados pondrán en vigor las disposiciones legales necesarias para impulsar la mediación en las causas penales y velarán para que pueda tomarse en consideración todo acuerdo entre víctima e inculpado, a más tardar el 22 de marzo de 2006”.*

Pese a tan expresa conminación no es hasta el año 2015 cuando, como se ha visto, el Legislador introduce una referencia explícita a la mediación penal en el Código Penal, y lo hace con una tímida referencia en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo del Código Penal que alude a la introducción de la mediación en la suspensión de la pena<sup>525</sup>.

Ya en el texto, el artículo 84 señala la posibilidad del juez o tribunal de condicionar la suspensión de la ejecución de la pena al cumplimiento de determinadas prestaciones o medidas y entre las que se encuentra *“el cumplimiento del acuerdo alcanzado por las partes en virtud de mediación”*.

Vista su redacción y en atención a la formalidad que conlleva la mediación penal y a la complejidad en su aplicación, auguramos poco éxito a este precepto. Condicionar la suspensión de la condena en tales términos al acuerdo del resultado de la mediación, conlleva una serie de riesgos a tener en cuenta:

---

<sup>525</sup> Este es el breve “fundamento” de la previsión normativa recogida en la mera redacción del artículo 84.1.1ª: *“se introduce como posible condición de la suspensión el cumplimiento de lo acordado entre las partes tras un proceso de mediación, en los casos en que legalmente sea posible”*.

El primero de ellos, es el posible aluvión de solicitudes de mediación penal con el objetivo de obtener la suspensión, lo que ocasionará un colapso de los Juzgados de lo Penal y de las Audiencias Provinciales, que no tendrían mediadores suficientes para dar una respuesta adecuada. El segundo riesgo, es que las personas que ejerzan como mediadoras no estén preparadas para desarrollar un proceso de esas características, ni suficientemente instruidas en los instrumentos de la Justicia Restaurativa.

Recurrir a mediadores capacitados en otras áreas, pero no en el ámbito penal, puede echar por tierra lo que tantos años ha costado incluir en nuestro sistema penal. El tercer elemento de riesgo, es de naturaleza temporal: teniendo en cuenta que la mediación ofrece una estructura formal y compleja, y de duración inestimable, puede provocar importantes retrasos o incluso un estancamiento masivo en la resoluciones judiciales dirigidas a resolver la suspensiones de condena.

Si lo que pretendía el Legislador era agilizar y darle eficacia al trámite de la suspensión en la ejecutoria penal, podría haber optado por técnicas restaurativas más sencillas y ágiles, como por ejemplo la conciliación penal. Sin perjuicio de la anterior crítica, ha de aplaudirse la iniciativa legislativa incorporada al Código Penal vigente, pero es de lamentar que no se hayan previsto otras técnicas de resolución de conflictos en el ámbito penal.



Muestra de ello, es el distinto tratamiento ofrecido en el artículo 15 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, relativo a los “servicios de Justicia Restaurativa”<sup>526</sup>.

Conforme a la redacción del referido precepto, se abre la posibilidad de dar respuesta a la reparación a través de procesos de Justicia Restaurativa, con una perspectiva más amplia, debidamente diseñados y que no colisionen con las garantías procesales de las partes.

---

<sup>526</sup> La redacción que se expone en la Ley 4/2015, de 27 de abril. BOE de 28 de abril de 2015, en donde se publica su entrada en vigor el 28 de octubre de 2015, es la siguiente: “ 1. 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 infractor haya prestado su consentimiento; d) el procedimiento de mediación no entrañe un riesgo para la seguridad de la víctima, ni exista el peligro de que su desarrollo pueda causar nuevos perjuicios materiales o morales para la víctima; y e) no esté prohibida por la ley para el delito cometido.

2. 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.

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

Con anterioridad a los preceptos citados, otras normas ya dejaron constancia de la necesidad de utilizar estos instrumentos en el sistema penal:

- La Resolución 40/34 del 29 de Noviembre de 1985, mediante la cual la Asamblea General de las Naciones Unidas, adoptó una Declaración de Principios Básicos sobre Justicia para Víctimas del Delito y Abuso de Poder<sup>527</sup>.

- La Recomendación No. RR (99) 19 del Comité de Ministros de Estados miembros Relacionado con la Mediación de Asuntos Penales<sup>528</sup>.

- La Declaración de Viena sobre la Delincuencia y la Justicia: Frente a los Retos del Siglo Veintiuno (2000)<sup>529</sup>.

- La Declaración de Bangkok, Sinergias y respuestas: Alianzas Estratégicas sobre Prevención del Delito y Justicia penal, 11vo. Congreso de

---

<sup>527</sup> En esta Resolución se establece que *“los mecanismos informales para la resolución de disputas, incluyendo la mediación, el arbitraje y el derecho consuetudinario o las prácticas nativas, deben utilizarse, cuando sea adecuado, para facilitar la conciliación e indemnizar a las víctimas”*.

<sup>528</sup> En la Recomendación R (99)19 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, se entiende por mediación *“cualquier proceso que permite a la víctima y al reo participar activamente, si lo consintieran libremente, en la solución de las dificultades ocasionadas por el delito con la ayuda de un tercero independiente (el mediador)”*.

<sup>529</sup> Esta Declaración motivó el *“desarrollo de políticas, procedimientos y programas de Justicia Restaurativa que sean respetuosos a los derechos, necesidades e intereses de las víctimas, los delincuentes, las comunidades y todas las demás partes”*.

las Naciones Unidas sobre la Prevención del Delito y el Trato a Delincuentes<sup>530</sup>.

- Con el objetivo de revisar y complementar los principios establecidos en la Decisión marco 2001/220/JAI relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal (arts. 1, 10 y 17), y mejorar la protección de las víctimas en el conjunto de la Unión, se ha aprobado la Directiva 2012/29/UE, por la cual se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las afectadas, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo<sup>531</sup>.

No obstante y sin perjuicio de las anteriores, la norma más importante y de referencia, es la Resolución 2002/12 adoptada por el Consejo Económico y Social, de las Naciones Unidas, que contiene los pilares del proceso de Justicia Restaurativa.

---

<sup>530</sup> En la Declaración de Bangkok se instó a los Estados Miembros a *“reconocer la importancia de desarrollar aún más políticas, procedimientos y programas de Justicia Restaurativa que incluyan alternativas a los procesos judiciales”*.

<sup>531</sup> La consideración 46 refleja de forma muy ilustrativa la posición de la UE hacia la Justicia Restaurativa: *“Los servicios de Justicia Restaurativa, incluidos, por ejemplo, la mediación entre víctima e infractor, las conferencias de grupo familiar y los círculos de sentencia, pueden ser de gran ayuda para la víctima, pero requieren garantías para evitar toda victimización secundaria y reiterada”*. El art. 12.2 prevé que los Estados miembros, *“facilitarán la derivación de los casos a los servicios de Justicia Restaurativa, incluso elaborando procedimientos u orientaciones sobre las condiciones para tal derivación”*.

Como consecuencia de ello, se elabora por parte de la Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito, el “Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa”, en adelante el MPJR, que conceptualiza<sup>532</sup> el proceso restaurativo como:

*“todo proceso en que la víctima, el delincuente y, cuando proceda, cualesquiera otras personas o miembros de la comunidad afectados por un delito participen conjuntamente de forma activa en la resolución de las cuestiones derivadas del delito, por lo general con la ayuda de un facilitador.”*

Los Principios Básicos contenidos en el citado Manual, recomiendan a los Estados Miembros que *“consideren la fórmula de estrategias y políticas nacionales orientadas al desarrollo de la Justicia Restaurativa y la promoción de una cultura favorable al uso de la misma para el cumplimiento de la ley, en las autoridades judiciales y sociales, así como en las comunidades locales”*<sup>533</sup>.

---

<sup>532</sup> Vid. *Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa de la Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito*, pág. 7.

<sup>533</sup> Vid. *Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa de la Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito*, pág. 33.

## **2. Antecedentes teóricos y metodológicos. Características de los programas de Justicia Restaurativa**

Según el MPJR, las características de los programas deben contener los siguientes extremos<sup>534</sup>:

1) Una respuesta flexible a las circunstancias del delito, al delincuente y a la víctima, permitiendo que cada caso sea considerado como único e individual; Además debe respetar la dignidad y la igualdad de cada una de las personas, desarrollar el entendimiento y promover la armonía social a través de la reparación de las víctimas, los delincuentes y las comunidades.

2) Debe tratarse de una alternativa viable a los efectos de la estigmatización sobre los delincuentes.

3) Su estructura y formulación debe ser compatible con los procesos y las sanciones de la justicia penal; e incorporar soluciones reales a los problemas y causas subyacentes del conflicto.

4) Su metodología debe orientarse, no sólo a reparar los daños sino a evitar daños futuros –victimización secundaria- y a satisfacer las necesidades de las víctimas. Además debe motivar al delincuente a comprender las causas

---

<sup>534</sup> Vid. *Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa de la Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito*, pág. 7.

y efectos de su comportamiento y que asuma su responsabilidad de una manera significativa. Metodológicamente debe ser flexible y variable, adaptable a las circunstancias y principios del sistema de justicia penal, por ello debe ser adecuado y estar preparado para todo tipo de hechos ilícitos y diferentes delincuentes.

5) Por último debe ser una respuesta que reconozca el papel de la comunidad como principal actor para prevenir y responder al delito y al desorden social.

### **Las metas del proceso**

El proceso restaurativo, según el MPJR, debe tener como metas<sup>535</sup> en su aplicación y desarrollo:

1) En cuanto a las Víctimas, que acepten su involucración en el proceso de manera segura y finalicen en él sintiéndose satisfechas.

2) Respecto a los Victimarios, que entiendan cómo su acción afectó a la víctima, asumiendo la responsabilidad en las consecuencias de sus acciones y comprometiéndose a reparar el daño producido.

---

<sup>535</sup> Vid. *Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa de la Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito*, pág. 8.

3) Debe alcanzar medidas flexibles, acordadas por las partes, que enfatizan la reparación del daño y, de ser posible, que también se ocupen de las razones de la infracción.

4) Por parte de los delincuentes, el compromiso en reparar el daño, y resolver los factores que provocaron su comportamiento.

5) La comprensión, tanto de la víctima como del delincuente, de la dinámica que les llevó al hecho concreto.

### **Principios básicos del uso de programas de Justicia Restaurativa en materia penal**

Como venimos insistiendo, los programas de Justicia Restaurativa complementan el sistema de justicia penal existente, sin que se propongan como alternativa a este. Asimismo, la intervención restaurativa puede usarse en cualquier etapa del proceso de justicia penal, por lo que tales principios vienen acompañados de las garantías fundamentales<sup>536</sup> que se encuentran descritas en el párrafo 13 del MPJR:

1) La víctima y el delincuente deben tener el derecho a consultar con sus abogados o asesores legales relacionados con el proceso restaurativo.

---

<sup>536</sup> Vid. *Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa de la Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito*, págs. 33-36.

2) Antes de acordar participar en procesos restaurativos, las partes deben estar debidamente informadas sobre sus derechos, la naturaleza del proceso y las posibles consecuencias de sus decisiones.

3) El derecho a no participar: Ni la víctima ni el delincuente deben ser obligados o inducidos de ninguna forma a participar en procesos restaurativos o a aceptar resultados restaurativos. Se requiere, por tanto, su consentimiento y que este no este viciado.

4) La participación de un delincuente en un proceso de Justicia Restaurativa no debe usarse como prueba de admisión de culpa en el procedimiento penal.

5) Los acuerdos derivados de un proceso restaurativo deben acordarse voluntariamente y deben contener solamente obligaciones razonables y proporcionadas.

6) Confidencialidad del procedimiento: Las discusiones en procesos restaurativos deben ser confidenciales y no pueden ser reveladas, bajo ninguna causa o excusa.

7) Supervisión judicial: Los resultados de los acuerdos derivados de los programas de Justicia Restaurativa deben, cuando sea adecuado, estar supervisados judicialmente e incorporados a decisiones judiciales. Cuando eso ocurra, el resultado deberá tener el mismo valor que cualquier otra decisión



judicial. Esto significa que en la mayoría de los sistemas la decisión puede ser apelada por el delincuente y el fiscal.

8) Falta de acuerdo: Si no se llega a un acuerdo, ello no debe ser utilizado en contra del delincuente en procedimientos penales posteriores. En ningún caso el fracaso del proceso restaurativo puede fundamentar una sentencia más severa en procedimientos penales posteriores.

### **Los facilitadores de Justicia Restaurativa**

Los facilitadores del proceso, tienen como misión desarrollar el mismo. En gran medida el éxito obtenido dependerá de las habilidades de este y de su compromiso con el programa.

Conforme al párrafo 19<sup>537</sup> del MPJR, los facilitadores deben contar con una adecuada formación para desempeñar su actividad y hacer todo lo que esté a su alcance para reducir la posibilidad de parcialidades, evitando toda discriminación en su interacción con los delincuentes, las víctimas y los miembros de la comunidad.

Deberán de tener formación respecto al trato con las víctimas, para poder manejar y gestionar asuntos complejos y sensibles. Estas habilidades son especialmente necesarias cuando haya posibilidades de daños posteriores

---

<sup>537</sup> Vid. *Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa de la Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito*, págs. 65-66.

para la víctima durante o fuera del proceso restaurativo. Esta formación es particularmente necesaria para los facilitadores y mediadores que traten con mujeres y menores que han sido víctimas de delitos sexuales.

Según los criterios a seguir por el MPJR, las habilidades básicas<sup>538</sup> requeridas de los facilitadores son las siguientes:

1) Habilidad para crear un ambiente en que las partes participen libremente e interactúen con seguridad.

2) Habilidades de comunicación y de escucha activa.

3) Habilidad para manejar y ayudar a los participantes a afrontar la intensidad emocional y escuchan comentarios difíciles.

4) Habilidad de gestionar los intereses y el poder de los participantes.

5) Habilidad de expresar colaboración con las partes, apoyo y empatía.

---

<sup>538</sup> *Vid. Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa de la Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito, págs. 65-66.*

## **Participantes en el proceso restaurativo**

Coordinados por el facilitador de Justicia Restaurativa, los partícipes en un proceso restaurativo son: 1) Víctima del delito; 2) Ofensores; 3) Fiscales; 4) Abogados; 5) Jueces y Magistrados; 6) Miembros de la Comunidad.

### **1) Víctimas del delito**

En todos los procesos de Justicia Restaurativa es importante proteger los intereses de la víctima y asegurarse de que no se genere una doble victimización. Esto requiere un trabajo preparatorio con la víctima, antes de un encuentro con el delincuente, al objeto de que sea preparado para poder entablar un diálogo con el ofensor.

De acuerdo con el párrafo 8 del MPJR<sup>539</sup>, los procesos de Justicia Restaurativa deben usarse solamente con el consentimiento libre y voluntario de la víctima, y siempre con la posibilidad de retirar su consentimiento y abandonar el proceso en cualquier momento.

Cuando sea necesario, las víctimas deberán estar acompañadas, y tendrán el soporte continuo de familiares y amigos y en su caso, de miembros

---

<sup>539</sup> *Vid. Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa de la Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito*, pág. 67.

de instituciones o de la comunidad. Alternativamente, otra víctima o un familiar de la víctima pueden participar en representación suya.

En aquellos delitos en los que no se ve afectada una víctima individual sino colectiva, a veces es preciso encontrar a una persona que representa a la organización o a la persona moral en el proceso restaurativo, a la que suele denominarse víctima “sustituta”.

## **2) Ofensores**

El párrafo 7<sup>540</sup> de los Principios Básicos, recomienda que los procesos restaurativos solamente se apliquen cuando hay razones suficientes para formular cargos contra el delincuente y se cuente con su consentimiento libre y voluntario; también con la facultad retirar tal consentimiento en cualquier momento del desarrollo del proceso. Es necesario que los abogados de la defensa conozcan los detalles del proceso y puedan asesorar adecuadamente a sus representados.

---

<sup>540</sup> *Vid. Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa de la Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito*, págs. 66.

### **3) Fiscales**

Los Representantes del Ministerio Fiscal tienen un papel esencial en los programas de Justicia Restaurativa. En ausencia de legislación específica, ejercen una facultad discrecional considerable al determinar qué casos son adecuados para un proceso restaurativo en particular.

### **4) Abogados**

Los abogados pueden ser una fuente potencial de derivación de sus representados a programas de Justicia Restaurativa, explicando los beneficios potenciales de su participación, así como los derechos que le asisten.

### **5) Jueces y Magistrados**

Los Magistrados y Jueces deberán tener un papel relevante en los procesos de Justicia Restaurativa, seleccionando asuntos susceptibles de afrontar un proceso restaurativo ofreciendo el debido control y seguimiento en su evolución, y siendo garantes de los derechos de los intervinientes.

### **6) Miembros de la comunidad**

Muchos métodos de Justicia Restaurativa tienen un rol asignado para los miembros de la comunidad en general, no solo participando directamente en el

mismo, sino también en la búsqueda de recursos que puedan necesitar las partes en el proceso.

## **Precauciones respecto del proceso restaurativo**

### **1) Desde la perspectiva de la víctima**

Sin pretensión de exhaustividad se describen diversos inconvenientes que afectan a las víctimas:

a) Existe el peligro de agobiarlas con numerosas reuniones innecesarias o intimidantes. Existe también el riesgo, particularmente dentro de comunidades pequeñas con relaciones cercanas entre sus individuos, de que algunas víctimas puedan sentir la presión de participar en un proceso con el que no están de acuerdo.

b) Pueden darse situaciones de inseguridad para la víctima en el proceso restaurativo.

c) Hay que asegurar la confidencialidad del proceso cuando sea necesario.

d) Es preciso prevenir la victimización secundaria.

e) Las víctimas pueden sentir preocupación por la falta de consecuencias impuestas a los delincuentes que no cumplen su compromiso o con los términos del acuerdo.

## **2) Desde la perspectiva del delincuente**

Según los principios básicos las circunstancias que afectan al victimario<sup>541</sup> son las siguientes:

a) La posibilidad de que el delincuente sea tratado de forma incorrecta.

b) Consecuencias del incumplimiento del acuerdo por parte del delincuente.

c) Delincuentes que ven el proceso restaurativo como una manera de “librarse” del sistema de justicia penal tradicional.

e) Presión sutil sobre el delincuente para participar en un proceso restaurativo para evitar una sanción más dura en el sistema de justicia convencional.

---

<sup>541</sup> Vid. *Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa de la Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito.*, pág. 68.

### **3) Preocupaciones potenciales sobre la coordinación del proceso**

Se encuentran descritas<sup>542</sup> en el MPJR de la siguiente forma:

- a) Dominación potencial del proceso por uno o por algunos participantes.
- b) Inclusión de personas no adecuadas en el proceso restaurativo.
- c) Manipulación del proceso por parte del delincuente.
- d) Comportamiento amenazante del delincuente hacia otros participantes.

### **4) Desde la perspectiva del sistema**

Entre los riesgos<sup>543</sup> al propio sistema se encuentran los siguientes:

- a) Ampliación de la red de justicia penal. Se refiere al potencial de la Justicia Restaurativa como vía de desahogo al sistema de justicia penal.

---

<sup>542</sup> Vid. *Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa de la Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito*, págs. 66.

<sup>543</sup> Vid. *Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa de la Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito*, págs. 66.



b) Dominación del proceso por parte de profesionales de la justicia penal y consiguiente neutralización de los beneficios potenciales de una metodología de Justicia Restaurativa.

c) Creación de trámites rutinarios o la burocratización de los procesos restaurativos.

d) La remisión de casos inapropiados hacia un programa restaurativo.

e) La falta de garantías y seguridad en el proceso, incluyendo la ausencia de abogados.

f) Exagerar el impacto potencial de los programas de Justicia Restaurativa. Es importante que al establecer procesos restaurativos como un componente de la respuesta del sistema de justicia penal para los delitos, el potencial de esta metodología pueda evaluarse de manera realista y que no se generen expectativas más allá de lo que los recursos disponibles pueden proporcionar.

g) Incremento de la carga de supervisión o trabajo general del sistema de justicia convencional.

h) No contribuir a la rehabilitación del delincuente.

## **5) Desde la perspectiva de la comunidad**

Entre los inconvenientes que se presenta en este ámbito están las dificultades para movilizar y mantener a la comunidad involucrada en procesos restaurativos. En el contexto equivocado, un programa restaurativo puede exacerbar la crisis de la convivencia y crear nuevas tensiones dentro de la comunidad.

## **6) Solución a la posible vulnerabilidad del proceso**

Quienes desarrollan programas de Justicia Restaurativa pueden adoptar distintas medidas para aliviar algunas de las preocupaciones antes mencionadas y evitar así las “caídas potenciales”<sup>544</sup> obvias de un proceso restaurativo.

Generalmente, los programas encuentran estrategias efectivas para esas precauciones y limitaciones. El problema del desequilibrio de poder es particularmente importante en casos de violencia doméstica o sexual. Los facilitadores deben ser muy conscientes de la manipulación sutil y la intimidación de la víctima del crimen por parte del delincuente antes durante y después de un proceso restaurativo. Esto requiere que los facilitadores reciban entrenamiento extenso, no solamente de los principios y prácticas de la Justicia

---

<sup>544</sup> *Vid. Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa de la Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito, pág. 71.*

Restaurativa, sino también sobre la dinámica de la violencia, la dominación y la gestión del conflicto. Se debe prestar atención específica a los derechos e intereses de grupos vulnerables, incluyendo mujeres y niños. Los posibles desequilibrios de poder y la probabilidad de victimización secundaria, pueden reducirse a través de un trabajo preparatorio detallado por el facilitador antes del inicio del proceso con la víctima y el delincuente. Visto así, es esencial mantener un equilibrio en todo momento para satisfacer las necesidades del delincuente y de la de la víctima.

Para manejar estos y otros riesgos, es importante prestar atención específica a la selección de los participantes en los procesos restaurativos, y a la preparación y organización de los procesos, como de los profesionales que lo coordinan.

## **7) Papel de las ONGs y de la sociedad civil**

Las organizaciones no gubernamentales han tenido un papel principal en el desarrollo y la implementación de los programas de Justicia Restaurativa a nivel mundial. Su efectividad para crear foros restaurativos se debe, en gran medida, a estar más cerca de las comunidades que los profesionales que trabajan en el ámbito del sistema penal, por ello resulta conveniente contar con su colaboración en el ámbito comunitario, por lo que los convenios institucionales deberían proponerse desde las entidades implicadas en un proceso restaurativo (Colegios de Abogados; Consejo General del Poder Judicial; Consejerías de Justicia de las CC.AA., etc.)

## **Resultados del programa**

La finalidad última del proceso restaurativo es alcanzar un resultado satisfactorio. Estos acuerdos pueden incluir respuestas y programas como la reparación, la restitución y los servicios comunitarios, con el objetivo de satisfacer las necesidades tanto individuales como colectivas y lograr la reintegración de la víctima y el delincuente. Además, del diálogo en sí un objetivo importante de los procesos de Justicia Restaurativa es la búsqueda de un acuerdo. Resulta esencial que los acuerdos se logren por consenso y que todas las partes (víctima, delincuente y, cuando sea relevante, la comunidad), contribuyan a alcanzarlo, en aras no sólo del éxito del proceso sino de crear confianza en la Justicia Restaurativa como medio complementario eficaz a la resolución tradicional de conflictos.

Se presentan diferencias considerables en los tipos de acuerdo, en su alcance y en sus elementos, ya que un acuerdo puede o no incluir directrices de comportamientos específicas. Lo trascendente es que haya acceso a recursos relevantes, a programas y a sanciones previstas en la ley. Ello requiere que los protocolos necesarios para proporcionar a las víctimas del delito y a los delincuentes acceso a los programas y servicios, estén implementados.

Los Principios Básicos en su párrafo 15, exponen que *“los resultados de acuerdos derivados de programas de Justicia Restaurativa deben, cuando sea adecuado, ser supervisados judicialmente o incorporados a resoluciones*

*judiciales.*” Sin embargo, es posible que un proceso restaurativo tenga éxito a pesar de que no se llegue a un acuerdo. Una víctima, por ejemplo, puede estar satisfecha sin tener la oportunidad de expresar al delincuente cómo fue afectada por el crimen y escuchar un reconocimiento de responsabilidad del delincuente.

Por su parte, el Párrafo 16 de los Principios Básicos recomienda que *“cuando no se logre un acuerdo entre las partes, el caso debe remitirse al proceso de justicia penal establecido y se deberá tomar una decisión sobre cómo proceder sin retrasos”*. También agrega que de no alcanzarse un acuerdo, esta asunción de responsabilidad no deberá utilizarse en contra el delincuente en procedimientos ordinarios posteriores.

### 3. Antecedentes empíricos

El comienzo de nuestra experiencia profesional se remonta a los primeros años 90 del pasado siglo, cuando por aquel entonces emergía la primera Oficina de Asistencia a las Víctimas en Canarias, de la que fuimos criminólogo y posteriormente director hasta el año 1998. Profesores como TONY PETERS, catedrático de Criminología de la Universidad de Lovaina (Bélgica) y EZZAT FATTAH, catedrático de Criminología de la Universidad Simon Fraser (Canadá), nos alumbraron el camino para desarrollar desde la Criminología, y especialmente desde la Victimología, nuestras primeras experiencias en programas dedicados a la interrelación entre víctimas y victimarios, y a procesos de resolución de conflictos en el ámbito penal, entre ellos la mediación penal,<sup>545</sup> siendo nuestros modelos de referencia aquellos que se desarrollaban entonces Bélgica, EE.UU y Canadá.

Durante esta etapa pudimos profundizar en las técnicas de resolución de conflictos en el ámbito penal, abordando procesos que tenían su origen en una diversidad de tipos delictivos, ilícitos penales contra el patrimonio, delitos contra la libertad sexual, contra la intimidad o el honor. Paralelamente a ello, nuestra colaboración con el Centro Penitenciario del “Salto del Negro”, en Las Palmas de Gran Canaria, nos ofreció la perspectiva de mirar el conflicto penal

---

<sup>545</sup> En Europa, la justicia Restaurativa en general era aún incipiente y la Mediación Penal en particular era apenas conocida, tomando ambas el impulso definitivo después del XI Congreso Internacional de Criminología, celebrado en Budapest, en el año 1993.

desde las dos ópticas: desde la víctima, y desde sus ofensores, permitiéndonos adquirir una experiencia única y rica desde el ámbito práctico.

Posteriormente, y desde el ejercicio de la Abogacía en la especialidad penal, hemos podido implementar la Justicia Restaurativa al Derecho Penal, aplicando sus métodos y alcanzando sus fines, con resultados óptimos para las dos partes en conflicto. Por un lado, la reparación eficaz de las víctimas, y por otro, el esfuerzo reparador del infractor, a los que se le ha aplicado una pena muy inferior a la prevista tomando en consideración el proceso restaurativo. Sirva como ejemplo un caso de “hurto de uso de vehículos” en el que denunciado y denunciante, después de haber resuelto el conflicto a través de una conciliación penal, acudieron juntos a juicio y forjaron una buena amistad.

En el ámbito institucional, ostentando la representación del Foro Canario de Justicia Restaurativa, y la del Consejo Canario de la Abogacía, se nos invitó a formar parte de la mesa de expertos de la Viceconsejería<sup>546</sup> de Justicia del Gobierno de Canarias en materia de mediación, coordinando el área penal.

Así, en 2014, y tras este recorrido de dos décadas de experiencia, se nos solicitó desde un Juzgado de Instrucción de un Partido Judicial de Gran Canaria, desarrollar un proceso de Justicia Restaurativa en un procedimiento penal en tramitación. Aquella experiencia nos ha permitido confrontar en la realidad los fundamentos, principios y garantías que hemos venido exponiendo

---

<sup>546</sup> Siendo entonces Viceconsejero el Ilmo. Sr. Don Pedro Herrera Puentes.

a lo largo del presente trabajo, ofreciendo múltiples consecuencias de extraordinaria relevancia tanto teórica como empírica.

### **Descripción del procedimiento penal**

El citado procedimiento<sup>547</sup>, aún en fase de instrucción, guarda la complejidad procesal propia de las diligencias previas instruidas por distintos delitos de homicidio y lesiones imprudentes, con varias personas investigadas y un grupo elevado de víctimas.

Estas Diligencias Previas se incoaron en septiembre de 2011. Avanzada la fase de instrucción, cuando la mayoría de los afectados habían sido resarcidos económicamente, la defensa letrada de los investigados solicitó formalmente a la jueza instructora la posibilidad de iniciar y participar en un proceso restaurativo. El representante del Ministerio Público, que a la postre resultó ser clave en este desarrollo, se adhirió a dichas iniciativas, y posteriormente lo harían también el resto de las acusaciones personadas. Admitidos los escritos, la instructora dictó Providencia acordando la suspensión del procedimiento penal y la remisión a un proceso de Justicia Restaurativa.

---

<sup>547</sup> Para preservar el deber de confidencialidad, se han omitido datos personales y procesales que puedan identificar a las víctimas, investigados, familiares y resto de personas afectadas en el procedimiento penal.



Nacía así el proceso restaurativo más amplio, complejo e integrador del que tengamos conocimiento, en el ámbito del Estado español, y al que hemos denominado PJR/01.

### **Naturaleza del proceso restaurativo PJR/01**

En el PJR/01 se han hecho uso de múltiples técnicas restaurativas integradas, con vistas a satisfacer las demandas y necesidades de las víctimas y de los investigados. El grupo de personas perjudicadas era amplio y heterogéneo; el formado por los investigados lo integraban individuos que se caracterizaban por estar sensibilizados al dolor de las víctimas y que deseaban promover una eficaz reparación.

El lazo que unía en este caso a víctimas e investigados era la necesidad de participar en el proceso. Una vez otorgado el preceptivo consentimiento para su comienzo, se cumplió con la premisa básica: la libre voluntad a participar en el proceso.

Además de estos protagonistas, se estimó oportuno involucrar a los abogados personados, en garantía de los derechos de los distintos participantes y se extendió también la invitación a los Servicios Sociales del Ayuntamiento donde tuvieron lugar los hechos. En definitiva, en el ámbito personal, nos encontramos con varios grupos de participantes en el PJR/01: las víctimas y sus familiares; los investigados; el representante del Ministerio

Público; los Letrados y la comunidad representada por personal de la Corporación Municipal.

### **Ubicación física del desarrollo del proceso**

El lugar de celebración del proceso fue en las dependencias de la Fiscalía Provincial de Las Palmas, situadas en el edificio de “la Ciudad de Justicia” de Las Palmas de Gran Canaria. La sala que nos fue asignada estaba habilitada para albergar reuniones con varias personas y aislada de cualquier interferencia externa. Se trata de una dependencia nueva, funcional, ventilada y luminosa que cuenta con todo lo necesario para desarrollar reuniones largas en un clima moderadamente confortable.

El horario que se empleó para las reuniones fue el de tarde, cuando el edificio se encontraba sin actividad y cerrado al público. Se pretendía con ello evitar los riesgos propios de la falta de intimidad, y que las víctimas e investigados pudieran ser identificados. Con ello también se limitaba, los peligros de las filtraciones a la prensa, que podían poner en peligro los objetivos del programa.

### **Desarrollo e Implementación de técnicas restaurativas en el PJR/01**

Las técnicas restaurativas empleadas fueron muy variadas, en función de las situaciones y características de los sujetos intervinientes. El desarrollo del proceso exigió que se tuviera que orientar la aplicación de las técnicas

restaurativas a las situaciones sobrevenidas, teniendo presente que la flexibilidad de actuación debía ayudar a buscar la solución a los acontecimientos inesperados, evitando el riesgo de que el empleo de una técnica determinada provocara de facto, la quiebra del proceso.

La actuación comenzó con los contactos iniciales, ofreciendo a víctimas e investigados información detallada sobre el desarrollo del proceso y las condiciones del mismo.

En esta fase participaron los Letrados de la defensa y de las acusaciones, los profesionales de los Servicios Sociales del Ayuntamiento, así como miembros del gobierno de la Corporación municipal y familiares de las víctimas.

El primer acontecimiento relevante se produjo en esta fase previa de información. Los familiares de una de las víctimas, menor de edad y fallecida como consecuencia de los hechos por los que se incoara las Diligencias Previas, nos planteó su indisponibilidad para mantener cualquier participación directa con el proceso. En ese mismo encuentro se comunicó a los padres de la fallecida, víctimas indirectas o perjudicados por el hecho, que podían acompañarnos en el proceso por vía de la representación de un tercero, en este caso su Letrado, que sería quien recogiera la información que le trasladaría el Facilitador; Esta alternativa fue aceptada por su parte con gran alivio y supuso la continuación del proceso, que de otra forma se hubiera visto suspendido.

Como primera experiencia positiva, podemos afirmar que si el proceso restaurativo se hubiera desarrollado con la limitada perspectiva de prever únicamente la aplicación de la mediación penal, el PJR/01 hubiera fracasado en ese mismo instante. Desde esta perspectiva podemos afirmar que la mediación penal, como única técnica restaurativa, no podrá ser utilizada en todos los casos, ya que se encuentra limitada en el ámbito de la justicia penal si no viene acompañada por otros recursos restaurativos.

En consecuencia, vista la experiencia cabe plantearse dos cuestiones:

1ª ¿Es posible aplicar la mediación penal en todos los casos que puedan derivarse a procesos de Justicia Restaurativa?

La respuesta a nuestro juicio debe ser negativa. La técnica de la mediación no es, en ningún caso, exclusiva e imprescindible en todos los procedimientos restaurativos. Como se podrá comprobar más adelante las circunstancias son las que mandan y el proceso restaurativo debe ser lo suficientemente flexible, dinámico y abierto para admitir técnicas restaurativas diversas que lleven a un acuerdo satisfactorio para todas las partes.

2ª ¿Puede aplicarse la Justicia Restaurativa en todos los casos?

A nuestro entender la incógnita puede contestarse de manera afirmativa. Todos los supuestos de conflicto de naturaleza penal son susceptibles de someterse a un proceso restaurativo, siempre que se respeten los principios básicos y garantías expuestas, siempre que no se circunscriba a una determinada técnica con exclusividad.

El contacto indirecto con las partes, la participación de los representantes legales, los recursos traídos al proceso por los agentes sociales de la comunidad, la flexibilidad del proceso, y la ilimitada reserva, nos permitieron encontrar la manera satisfactoria de promover los cambios necesarios para no alterar la previsión inicial.

Por otro lado, la flexibilidad en el planteamiento nos lleva que en caso de reticencia por la víctima o el perjudicado a participar de forma directa en el proceso, puede salvarse a través de la posibilidad de intervención de manera indirecta a través de su representante legal. El Letrado, como profesional, puede jugar un papel fundamental en la Justicia Restaurativa, sirviendo de enlace entre el facilitador y sus representados, opinando sobre las dudas que les plateen sus patrocinados sobre el desarrollo del proceso y obteniendo información directa de los avances y logros que puedan alcanzar. Lejos de verse como un protagonista ajeno al proceso, es por consiguiente un elemento vertebrador del mismo.

En resumen, el PJR/01 permitió experimentar las participaciones directas e indirectas en el proceso y llegar a la conclusión de que no debe estar sometido a la metodología de una técnica restaurativa concreta, sino abierto a las características y circunstancias de cada proceso con el objeto de dar respuesta a todas las necesidades de las víctimas y de los investigados.

## **Encuentros restaurativos**

Cuando se trataron las técnicas restaurativas en el Capítulo IV, nos limitamos a exponer brevemente las categorías conocidas hasta ahora: Mediación Penal, Conciliación Penal, Conferencias Restaurativas, Círculos Restaurativos. Junto a ellas se citó una más “los encuentros restaurativos”, técnica desconocida y que se ha empleado por primera vez en este Proceso Restaurativo.

Denominamos así a aquellas reuniones individuales en donde las víctimas y los investigados participaron en actitud de escucha activa. Estas sesiones tenían como objetivo despejar las dudas de aquellos respecto de las expectativas sobre el procedimiento penal, las consecuencias de la victimización, el relato de los hechos desde el criterio personal de los protagonistas, etc.

La duración en el tiempo de estas sesiones varió en función de las necesidades detectadas en cada una de las víctimas y de los investigados.

En esta fase participaron activamente los Servicios Sociales, quienes buscaron soluciones a las necesidades de las víctimas generadas como consecuencia de los efectos colaterales de la victimización. En un caso, a través de los recursos sociales de ámbito sanitario y clínico, se logró que a una de las personas perjudicadas, se le gestionara los aspectos relacionados con una intervención quirúrgica como consecuencia de las lesiones sufridas por los

hechos. En otro de los casos, se dispuso de personal social para el cuidado de los hijos menores de edad de una de las víctimas, que sin este medio no hubiese tenido la posibilidad de participar en las reuniones.

El siguiente paso, que venimos desarrollando mientras se ultima la presente investigación es el encuentro directo entre víctimas e investigados. Tras las previas reuniones individuales, con la preparación suficiente y la calma emocional que permite a las personas la incursión en la vía restaurativa, tanto víctimas como investigados se enfrentan con la necesidad de “mirarse a los ojos”, de establecer el diálogo para compartir experiencias, puntos de vista y explicaciones; todo ellos debidamente coordinado por el Facilitador.

### **Reuniones restaurativas en grupo**

Hemos denominado como “reuniones restaurativas en grupo”, a la técnica híbrida que se encuentra integrada con aspectos del Conferencing y del Circulo Restaurativo. Las “reuniones restaurativas en grupo” son un claro ejemplo de la flexibilidad que debe tener el proceso restaurativo.

En el diseño de nuestro programa del PJR/01 la hemos ubicado en la fase final del proceso, en la materialización de las conclusiones, teniendo previsto que participen todos los protagonistas del proceso, incluidos los Letrados, y el representante del Ministerio fiscal.

## **Remisión de conclusiones del proceso restaurativo al Juzgado de Instrucción**

Las conclusiones finales del PJR/01 serán elaboradas por el Facilitador. Una vez informadas favorablemente por el Ministerio Fiscal, serán elevadas al Juzgado de Instrucción, con el fin de que la Magistrada instructora resuelva lo que proceda, tanto en el plano restaurativo como sobre el propio procedimiento penal.

Pese a que el proceso restaurativo continúa en el momento de cerrar la presente investigación sí podemos adelantar que desde la perspectiva de las víctimas, el programa ha sido provechoso. Las víctimas se han sentido escuchadas y acompañadas frente a hechos de tremenda dureza; el proceso ha generado en ellas una visión más cercana de la Justicia Penal, y han visto satisfechas sus necesidades ya que antes incluso de llegar a la conclusión del mismo, las “heridas” morales causadas por su victimización, han comenzado a cicatrizar.

Por su parte, los investigados han encontrado un espacio donde han podido desahogar su angustia, explicar su punto de vista de lo ocurrido y contar el doble sufrimiento que están viviendo: el que genera ponerse en el lugar de las víctimas y familiares, y por otro lado, el de sus propios seres queridos, que ven padecer con ellos, la incertidumbre del resultado del procedimiento penal.



## **Importancia de la confianza del Juzgado de Instrucción y del Ministerio Fiscal**

Todo proceso restaurativo en el ámbito penal requiere de la participación de los afectados, pero también de la colaboración del órgano judicial y del Ministerio Público. Este ha sido el caso. La Magistrada instructora ha jugado un papel decisivo en el desarrollo del PJR/01. En primer lugar, resolviendo de forma favorable la remisión a la vía restaurativa. En segundo lugar, suspendiendo provisionalmente el proceso y manteniendo una actitud de respeto y discreción en cuanto a su evolución, y favoreciendo el mismo a través de la concesión de las prórrogas necesarias para su continuación, cuando fue solicitado.

Por parte del representante del Ministerio Público, la Fiscal asignada a la Sección de Mediación Penal, con el rigor profesional necesario de quien se enfrenta a un programa de esta magnitud, ha desplegado todos sus recursos para acompañar al Facilitador y a los protagonistas en este proceso, protocolizando todas las fases del proceso con el objeto hacerlas extensivas a otras experiencias susceptibles de ser abordadas desde una vía restaurativa. La importancia del papel del Fiscal se ha visto refrendada por la reciente creación de la Sección de Mediación Penal dentro de la Fiscalía Provincial de Las Palmas, que tendrá por objeto coordinar institucionalmente los futuros procesos restaurativos.

## **4. Modelo Integrador del Proceso Restaurativo**

En base a todo lo expuesto, el modelo que ofrecemos de Justicia Restaurativa es una aportación complementaria (no alternativa) al sistema penal, de naturaleza flexible, ampliable y revisable, aplicable a cualquier fase del procedimiento penal. Pasamos a continuación a sistematizarlo.

### **4.1. Evaluación inicial de la planificación del programa**

Esta fase pretende evaluar desde el inicio los siguientes elementos: los hechos por los que se ha incoado el procedimiento, la identificación de las víctimas y de los investigados, el órgano jurisdiccional de procedencia, y la fase en que se encuentra el procedimiento penal<sup>548</sup>.

#### **- Hechos por los que se ha incoado el procedimiento**

En este apartado, se analizan los hechos que han iniciado el procedimiento penal; la calificación jurídica inicial del Juzgado; la afectación social que ha tenido y su posible impacto en los medios de comunicación.

---

<sup>548</sup> El Proceso Restaurativo puede operar en cualquier fase del procedimiento penal, desde la fase de instrucción hasta la sentencia, incluso una vez dictada a efectos de la suspensión.

## **- La identificación de las víctimas y los investigados**

Esta tarea no se extiende únicamente al ámbito del procedimiento penal, de la vida del procedimiento penal. Es necesario identificar a los perjudicados que se encuentren personados en el procedimiento, pero también a las víctimas y perjudicados que hayan dejado la responsabilidad de la acusación al Ministerio Fiscal, así como aquellas otras que han tomado la decisión de apartarse del procedimiento, bien porque no han querido denunciar el hecho o bien porque han retirado la acusación.

La identificación de los investigados se concreta en las personas a las que se les esté imputando el delito, pero también enriquece el procedimiento aquellos otros que, no teniendo la condición de investigado, sí han participado en los hechos que se instruyen y que, sin embargo, su comportamiento se ha entendido inicialmente como lícito. Estas personas, generalmente en la condición de testigos, pueden ofrecer detalles relevantes acerca de cómo ocurrieron los hechos y la dinámica de los victimarios y las víctimas antes y después de ocurridos estos.

## **- El órgano jurisdiccional de procedencia**

Seguidamente se determina el órgano judicial remitente, el Magistrado que entiende del asunto y el Fiscal asignado. Se comprueba además la resolución por la cual se deriva a la vía restaurativa y el plazo inicialmente concedido para el desarrollo del proceso.

## **- Fase en donde se encuentra el procedimiento penal**

El proceso de Justicia Restaurativa puede desarrollarse en cualquiera de las fases de el procedimiento, bien sea en la de instrucción, en la fase intermedia, en la de juicio oral o en la ejecución. Se trata por tanto de saber en qué momento nos encontramos para posteriormente diseñar el programa.

### **4.2. Planificación del programa**

Conocidos los datos anteriores, procede planificar el programa, concretando la participación de las víctimas y de los investigados, técnicas a aplicar con las distintas partes, duración estimada, la posibilidad de integración de operadores jurídicos y agentes sociales, señalar los protocolos de actuación por parte de la sección de mediación penal de la Fiscalía, y la posibilidad de incorporar al programa a la Sección de Víctimas y la Sección penitenciaria de Fiscalía.

#### **- La participación de las víctimas y los investigados**

En las sesiones iniciales, la partes (víctimas e investigados) se reúnen de forma independiente con el fiscal coordinador quien les informa acerca de la necesidad de mostrar su consentimiento para la participación voluntaria, siendo imprescindible comprobar que la decisión ha sido tomada libremente, lo que se

hará constar por escrito en el documento protocolizado al efecto. Una vez realizado este paso, y dentro de la sesión inicial, el Fiscal invitará a las partes a reunirse también de forma privada con el Facilitador, el cual explicará el significado y las características de la Justicia Restaurativa, el proceso restaurativo y sus fases, el papel que juegan sus Letrados en el mismo y la posibilidad de incluir a familiares u otras víctimas.

Cualquier duda respecto de la sinceridad en la voluntariedad detectada por el Facilitador debe ser informada al Fiscal coordinador de la Sección de Mediación Penal, así como al Juez o Magistrado que entienda del asunto, al objeto de comprobar si el proceso es viable o no. En caso de que las dudas mostradas lo fueran por una indisponibilidad sobre la relación personal o directa con la otra parte, se podrá proponer la alternativa de realizar la misma indirectamente con el apoyo de un tercero. Si por el contrario la cuestión afecta a la propia voluntad en la participación, el proceso debería suspenderse.

### **- Técnicas aplicadas al proceso**

Como queda expuesto, los procesos de Justicia Restaurativa deben ser flexibles en cuanto al uso de las diversas técnicas conocidas. A saber: la conciliación penal, la mediación penal, los círculos y conferencias restaurativas, a las que añadimos los encuentros o reuniones restaurativas. Junto a estas técnicas directas existen otros instrumentos como la asistencia a las víctimas o a la intervención con victimarios, que como elementos externos pueden ayudar a la eficacia del proceso, sirviendo como técnicas auxiliares a las ya incluidas.

En el primer caso, reduciendo las consecuencias iniciales de victimización, y en el segundo caso, respecto a los ofensores, porque las intervenciones que se producen desde la perspectiva de la asunción de la responsabilidad ocasiona un posicionamiento cercano a la víctima, comprendiendo su dolor y las consecuencias de los hechos, generando con esta empatía una reducción de los estímulos criminógenos, con la consiguiente disminución de los factores de la reincidencia.

Hemos señalado también que la flexibilidad de la Justicia Restaurativa nos permite amoldar a nuestro sistema penal las técnicas ya existentes, e incluso la creación de técnicas nuevas.

### **Duración estimada**

Un proceso restaurativo, incluso el desarrollo de cada una de las técnicas no puede ser determinada concretamente en el tiempo, pero sí puede establecerse por el contrario, un cronograma inicial con la estimación de sesiones que se van a necesitar. Esto nos permitirá concretar plazos generales sin perjuicio de solicitar una prórroga, si fuera necesario, al objeto de conducir con garantías el mismo.

Desde nuestra experiencia consideramos que no deben hacerse más de dos sesiones semanales, aunque lo ideal es una, y con una duración de 50 o 60 minutos como máximo. La razón es evitar el cansancio y la disminución de la atención tanto en los participantes como en el Facilitador.

## **Integración de operadores jurídicos y agentes sociales**

Los Abogados de las partes pueden realizar un importante cometido dentro del proceso. En primer lugar asesorando a sus representados sobre las cuestiones que se deriven del mismo, sobre el alcance del acuerdo y el efecto jurídico que puede traer este en el procedimiento penal. En segundo lugar, interviniendo como receptor de la información que reciba del proceso, cuando sus patrocinados sean parte del proceso pero hayan decidido que su participación sea indirecta.

### **Protocolos de actuación por parte de la Sección de Mediación penal de la Fiscalía**

Como ya hemos descrito, el consentimiento de las partes para participar en el proceso deben realizarse por escrito. Este documento, junto a todos aquellos actos que tengan importancia decisoria respecto de la viabilidad del proceso, o resulten necesarios para su correcto desarrollo, deben quedar debidamente protocolizados y bajo custodia del Fiscal Coordinador de la Sección de Mediación Penal, en garantía de todos los intervinientes.

## **Posibilidad de incorporar al programa la Sección de Víctimas y Sección Penitenciaria de Fiscalía.**

En determinados casos, por las características de las víctimas, sería conveniente la incorporación al proceso de la Sección de Víctimas de la Fiscalía como apoyo auxiliar. Del mismo modo, cuando se trate de delincuentes que cumplan condena privativa de libertad, el proceso podría ser apoyado también de forma externa por la Sección penitenciaria de la Fiscalía.

### **4.3. Desarrollo del programa**

#### **Distribución por fases**

Partiendo de un modelo restaurativo con una visión integradora y concretada, por tanto la aplicación de las técnicas de resolución de conflictos en el ámbito penal de forma amplia y abierta, sin estar condicionado a ninguna de ellas de forma específica, el programa que se propone consta de cuatro fases.

1. En la primera fase se establecen los contactos iniciales con los Letrados, las víctimas y los investigados, con el fin de ofrecerles la debida información, atender sus dudas y obtener el compromiso voluntario de su participación.



2. Posteriormente, en una segunda fase, se desarrollan por parte del Facilitador las técnicas previstas, celebrando los encuentros restaurativos individuales como actos preparatorios previos al contacto bien sea directo o bien indirecto.
3. En la tercera de las fases se celebran formalmente esos contactos, a través de las reuniones restaurativas grupales o de otras técnicas adecuadas.
4. El proceso concluye con una reunión grupal de todos los intervinientes, a fin valorar conjuntamente los resultados del mismo.

#### **Comunicaciones del Facilitador al Órgano Jurisdiccional y al Fiscal asignado a la Sección de Mediación Penal**

Concluidas cada una de las fases y previo al paso de la siguiente, el Facilitador informará al Fiscal y al Magistrado del estado y evolución del proceso, de los objetivos a alcanzar en la siguiente etapa, así como la posibilidad, en su caso, de solicitar prórroga del programa.

#### **4.4. Evaluación y conclusiones del proceso restaurativo**

Una vez concluido el proceso, el Facilitador realizará un informe final respecto del alcance obtenido en el proceso restaurativo, y lo remitirá con sus conclusiones al Fiscal y al Magistrado que entienda del asunto.

EL representante del Ministerio Público informará a su vez de la conclusión del programa, trasladando el mismo al órgano jurisdiccional correspondiente.

Por parte del Facilitador y del Fiscal asignado a la Sección de Mediación Penal, se procederá a la evaluación interna del proceso, detectando posibles correcciones y formalizando nuevos protocolos de actuación.

Como reflexión final, hemos de añadir que la aplicación del proceso restaurativo, ofrece a los juristas que desarrollan su actividad profesional en el ámbito de la justicia penal, una visión más amplia a la pacificación de los conflictos desde el Derecho Penal, sin exclusiones y dentro del marco legal existente. Nos permite tener un instrumento, que además de la necesidad de ser revisado y ampliado para su constante mejora nos puede dar respuestas y colmar lagunas que no pueden ser satisfechas con el tradicional procedimiento penal. Este Modelo Integrador de Proceso Restaurativo ayuda a mantener y aumentar la confianza en el Sistema Penal y a confirmar en último extremo que la Justicia Restaurativa y el sistema penal deben discurrir paralelamente con un mismo objetivo.

## **CONCLUSIONES**

## I

La Justicia Restaurativa constituye un nuevo paradigma de Justicia Penal influenciado por las críticas al olvido de la víctima; la necesidad de su reparación, por la conveniencia de una mayor interacción de las partes en el procedimiento penal y en la resolución del conflicto; y por la búsqueda de métodos eficaces en la rehabilitación del delincuente. Todo ello con el objetivo final de promocionar la humanización del Derecho Penal.

## II

La Justicia Restaurativa es una forma de responder al comportamiento delictivo, proporcionando un equilibrio de las necesidades de la comunidad, de las víctimas y de los delincuentes. Su concepto es evolutivo y ha generado diferentes interpretaciones en distintos ámbitos culturales y geográficos, respecto al cual no hay siempre un consenso perfecto. Esto se debe también a las dificultades para traducir de manera precisa su concepto en los distintos países, ya que a menudo se usa una gran variedad de términos.

### III

La Justicia Restaurativa entiende el delito como un daño ocasionado, no sólo a las personas, sino también a la comunidad. La preocupación de una política criminal dirigida fundamentalmente al reproche penal de los ofensores hace que el sistema legal otorgue a las víctimas un interés reducido y limitado. Por el contrario, dirigir la atención en el daño ocasionado implica de forma inherente una preocupación por las necesidades y roles de las víctimas como protagonistas directas del fenómeno criminal.

### IV

La Justicia Restaurativa considera esencial la responsabilidad activa del victimario y de las consiguientes obligaciones que devienen de ella. En la práctica, en el sistema jurídico penal la atribución de responsabilidades consiste en asegurar que a los delincuentes se les aplique la pena, en general considerada como un mero castigo. No obstante, es preciso que los ofensores lleguen a comprender el daño causado, por lo que asegurarnos de medios por los cuales el ofensor asuma la conciencia de ese daño promoverá una solución más pacífica al conflicto.

## V

Las partes que se han visto afectadas por el delito, puedan ejercer roles importantes en el proceso judicial. Cada parte afectada debe tener acceso a la información relativa de la otra y debe tener participación en el proceso con el fin de decidir cuáles son las necesidades para que el resultado del proceso restaurativo sea eficaz. Habitualmente esto conlleva el establecimiento de un diálogo directo entre las partes para que, de este modo, compartan y expongan sus diferentes experiencias con el fin de llegar a un consenso acerca de las acciones que deberían adoptarse .

## VI

Podemos conceptualizar de forma genérica a la Justicia Restaurativa, como *“un proceso a través del cual las partes que se han visto involucradas y que poseen un interés en un delito en particular, resuelven de manera colectiva la manera de lidiar con las consecuencias inmediatas de éste y sus repercusiones para el futuro”*, siendo sus objetivos primarios: 1) prestar atención plena a las necesidades de las víctimas; 2) prevenir la reincidencia del ofensor a través de su integración en la comunidad; 3) permitir que el ofensor asuma la responsabilidad activa por sus acciones; 4) recrear una comunidad de trabajo que brinde apoyo a la rehabilitación de los ofensores y víctimas; 5) promover medios para conseguir un sistema penal más ágil y eficaz.

## VII

Podemos definir el “proceso restaurativo” como *“todo programa en que la víctima, el delincuente y, cuando proceda, cualesquiera otras personas o miembros de la comunidad afectados por un delito participen conjuntamente de forma activa en la resolución de las cuestiones derivadas del delito, por lo general con la ayuda de un facilitador”*. En este sentido, la Justicia Restaurativa da tanto valor al proceso como al resultado, por tanto un “resultado restaurativo” es un acuerdo alcanzado en virtud de un proceso restaurador. 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”.

## VIII

Los principios teóricos del paradigma restaurativo, se asientan en tres importantes columnas. La primera de ellas es la de restaurar o recomponer en la medida de lo posible, la situación a su estado original en relación con las personas que se han visto perjudicados por la comisión del delito. En segundo lugar, ofrecer la posibilidad a aquéllos que se han visto más directamente involucrados o afectados por el delito, a participar voluntariamente en su respuesta. Y, en tercer lugar, teniendo en cuenta que el Estado es el garante

de preservar el justo orden público, la comunidad, como parte del mismo, debe ayudar a construir y a mantener la paz social.

## IX

Una de las consecuencias del principio de intervención mínima en lo que se refiere a la gravedad de las consecuencias jurídicas del delito, consiste en que debe ser preferible la sanción más leve a la más grave, si con ello se restablece ya el orden jurídico perturbado por el delito. Las consecuencias de este principio en relación a la gravedad de las consecuencias jurídicas del delito son el principio de humanidad y el principio de proporcionalidad. A partir de esta afirmación, es pertinente establecer que la aplicación de mecanismos restaurativos en el ámbito del ordenamiento jurídico-penal se inspira en el principio de *última ratio* o de intervención mínima. Respecto al principio de oportunidad, recurrir a la incorporación de técnicas restaurativas dentro del marco jurídico penal supone apelar por su aplicación y vigencia. De mismo modo supone dotar a la autoridad de la facultad de disponer del ejercicio de la acción en determinadas situaciones.



## X

El Derecho penal no busca en último término, la resolución de los conflictos entre víctimas y ofensores, lo que se pretende es una incidencia a largo plazo en la sociedad. Y como factor fundamental de esa incidencia en la exigencia de responsabilidad por el hecho en una sociedad democrática , y precisamente dentro del proceso restaurativo, se produce la manifestación de esa responsabilidad que deriva en la reparación del daño causado. Con ello, el paso a un tratamiento desigual del infractor pierde sentido ya que lo esencial no es la resolución del conflicto interpersonal sino la pacificación social entendida como proceso de responsabilidad del infractor.

## XI

La aceptación voluntaria de participación en el proceso parte del ofensor, no colisiona con el derecho constitucional a la presunción de inocencia. El hecho de que el victimario esté dispuesto a participar voluntariamente en el proceso, previa información de su derechos, y en la medida, en que las cargas que soporta el sujeto responden a su propia iniciativa, no puede ser entendido como un reconocimiento de los hechos con virtualidad en el proceso penal. Solamente considerando que su participación en el proceso restaurativo y el reconocimiento de su responsabilidad en los hechos no equivale a su asunción de culpabilidad penal, quedará intacto el Principio a la Presunción de Inocencia.

## XII

Afirmando que en los principios jurídico-penales es donde se ancla el paradigma restaurativo, no puede plantearse por tanto, su exclusión del sistema penal. La Justicia Restaurativa, debe de ser complemento del Sistema Penal, fortaleciéndolo en su eficacia, y proporcionándole un trato “más humano” a los protagonistas del conflicto, sin que ello suponga la merma de sus garantías procesales y sus respetivos derechos.

## XIII

El proceso penal ha de ser garantía para las personas perjudicadas por el delito que han de verse amparadas y tuteladas en su derechos. Es por ello, que estime como un fin específico del proceso penal, la tutela o protección a las víctimas de delitos. Ello significa que, sin restar derechos y garantías a los encausados, es necesario construir los caminos necesarios, en primer lugar a fin culminar la efectividad del derecho a la reparación de la víctima, de forma que esta puede ver satisfechos sus derechos, y en segundo lugar como barrera preventiva de la “victimización secundaria”, ocasionado por el necesario contacto con el sistema penal y el desarrollo del proceso.

## XIV

El proceso penal ha descuidado los derechos y los intereses de la víctima y se muestra por sí mismo, como instrumento de política criminal, ineficiente para poder dar respuesta a estos. Pero, lo que es aún más grave, no sólo el proceso penal no ayuda a la víctima a hacer frente a las consecuencias del delito, sino que el paso por el sistema penal puede colocar a la víctima en una situación más desfavorable que la resultante de la propia comisión del hecho ilícito.

## XV

El propio enjuiciamiento criminal puede ser una gran fuente de perturbación para la víctima, que deberá sufrir los efectos de lo que se ha venido a llamar “victimización secundaria”. Esta victimización secundaria se debe, por consiguiente, a que los sistemas penales se han preocupado de juzgar, sentenciar, encarcelar y rehabilitar a los delincuentes, sin prestar apenas atención a las víctimas. La víctima es tratada por los operadores jurídicos como un recurso más en la persecución de los delitos.

## XVI

Las causas del giro habido en la actitud social, investigadora y legislativa hacia las víctimas son muchas y dispares. No se puede hablar de un motivo único o de un grupo homogéneo de motivos. Han intervenido en este redescubrimiento de la víctima un número diverso de influencias ideológicas, políticas, sociales, científicas, etc. Tales causas, responden, además, a una serie de principios de carácter variado, y a menudo enfrentado, que coinciden únicamente en que han venido a poner el acento en la figura de la víctima del delito. Las razones de este renacer pueden ser categorizadas en tres bloques, factores ideológicos, factores académicos y científicos, y factores político criminales.

## XVII

La aparición de la Victimología como disciplina autónoma no ha sido pacífica, y fundamentalmente ha encontrado resistencia dentro del campo de la Criminología tradicional, que mostró escaso interés por la problemática de las víctimas al centrarse históricamente en el criminal y en la ley. La incorporación de la víctima como objeto de estudio por parte de la Criminología, se centra en su participación desde una perspectiva dinámica con el delincuente y en las características particulares que la acompañan. A la moderna Victimología le corresponde explicar desde el punto de vista fenomenológico, la interacción entre delincuente y víctima; el modo en que el delincuente percibe a esta; el

proceso de selección y la posterior racionalización o legitimación del comportamiento criminal.

## XVIII

El hecho delictivo genera en las víctimas consecuencias que sobrepasan los efectos legales y produce de forma inevitable un impacto a la víctima del delito en diferentes planos, como el económico, físico, psicológico o social. A este conjunto de factores se le conoce como victimización. La victimización primaria, es la consecuencia derivada de haber padecido un delito y va acompañada de efectos físicos, económicos y psicosociales que se mantienen en el tiempo. La víctima no sólo sufre los perjuicios directos derivados del daño, sino que en muchos casos, se produce otra serie de consecuencias que inciden en la gravedad material del daño producido. La victimización secundaria, es aquella que se deriva de las relaciones de la víctima con el sistema de justicia, se considera la más negativa, ya que es producida por el propio sistema que paradójicamente debiendo amparar y auxiliar a la víctima, sin embargo victimiza a quien se dirige a solicitar justicia.

## XIX

La reparación es uno de los conceptos fundamentales de la Justicia Restaurativa. Constituye por un lado, la esencia de la restauración del daño causado a la víctima, y a la vez, la consecución del esfuerzo del ofensor en ofrecer con su responsabilidad en la participación en el proceso restaurativo la posibilidad de satisfacer las necesidades del perjudicado.

## XX

Los efectos de la reparación dentro del proceso penal pueden derivar de la participación del imputado en un proceso restaurativo, pero también de una acción reparadora, que deberá también reunir las condiciones necesarias para que pueda ser merecedora de valor compensatorio del injusto de hecho. En un plano teórico, tan sólo cabrá asumir el valor del acto reparador con capacidad de servir como subrogado de la pena en la medida que contenga un reconocimiento del hecho y de los daños en la víctima y que, además, implique un esfuerzo reparador. El esfuerzo y el reconocimiento deberán ser adecuados y proporcionados al tipo de victimización causada, teniendo en cuenta si se trata de un daño material o psíquico y del alcance de ambos.

## XXI

Las teorías criminológicas han mostrado un crecimiento y un progreso notables en las últimas décadas, no obstante, algunas de las cuestiones más urgentes permanecen sin respuesta, aunque existen signos favorables hacia un avance continuo. Los criminólogos, están reconociendo la necesidad de una teoría explicativa que sea multicausal e interdisciplinar tomando conciencia de que la idea de los métodos de investigación y tipos tradicionales unidireccionales debe ser superada. Si estas tendencias continúan, la perspectiva de futuro es buena. Uno de los ejemplos de la interdisciplinariedad en la comprensión del fenómeno criminal y de la interacción entre ofensores y víctimas, nos viene desde la Victimología. Esta comprensión del fenómeno criminal es relevante para la Justicia Restaurativa, ya que despliega sus instrumentos tomando en consideración esos conocimientos.

## XXII

Los delitos no pueden explicarse adecuadamente mediante teorías estáticas del comportamiento delictivo, las cuales se enfocan hacia las características del delincuente, sin tomar en consideración las fuerzas dinámicas únicas de cada situación. Son estas fuerzas dinámicas las que determinan, condicionan, moldean o influyen el comportamiento del ofensor en esa situación particular. El comportamiento delictivo es una respuesta al estímulo originado en el entorno. Sería imposible, por consiguiente,

comprenderlo o explicarlo si se ignoran estos estímulos. La actitud y el comportamiento de la víctima, así como la respuesta de ésta a los primeros gestos del ofensor, están, sin duda, entre los estímulos más importantes.

### XXIII

El significado de esta materia para la Justicia Restaurativa no es baladí, ya que nos puede ofrecer información básica para abordar correctamente los criterios de organización del proceso restaurativo; es decir, si es conveniente la comunicación directa entre víctima y ofensor, la pertinencia utilización de una u otra técnica restaurativa, y la conveniencia de contar con recursos externos de la comunidad. El Facilitador de procesos restaurativos debe tener formación interdisciplinar en las ciencias penales, por lo que es necesario su instrucción en estos aspectos, a fin de aplicar correctamente las técnicas de resolución de conflictos en el ámbito penal.

### XXIV

Que la Justicia Restaurativa se haya originado como paradigma ante una necesaria crítica al sistema penal, no debe llevar a considerar que tengan que avanzar por caminos distintos. Nos mostramos firmemente a favor de su complementariedad con el sistema de justicia penal actual, sobre la base de que esta última ordena la vida en sociedad y que, por tanto, es necesaria e



imprescindible, sin que ello suponga creer en la idea de que también el sistema no es mejorable.

## XXV

En Los programas de Justicia Restaurativa se estimula la resolución mutua del conflicto entre víctima y victimario, ayudados por un tercero que actuaría como facilitador y en el que puede incluirse técnicas específicas como la conciliación, mediación, conferencias restaurativas y círculos restaurativos. En los resultados se podría obtener una reparación del daño causado, todo ello, con la idea de satisfacer las propias necesidades de la víctimas y posibilitar la verdadera integración del victimario en la sociedad como forma eficaz de reinserción .

## XXVI

La Justicia Restaurativa entiende el delito, como un conflicto en el que víctima y victimario deben tener más protagonismo en su resolución, y parte que ese hecho ilícito, afecta también a la comunidad. El victimario tiene bajo el prisma restaurador, la posibilidad de discutir los hechos y los efectos del delito con las personas afectadas, con el fin de alcanzar la solución que estimen. La práctica restaurativa no se basa en un medio de averiguación de los hechos, sino de determinar cuál es la mejor actuación con el victimario que ha admitido

total o parcialmente su responsabilidad. Aparte de la voluntariedad en la participación del proceso restaurador, el victimario debe tener la posibilidad de abandonarlo y volver al procedimiento ordinario si así lo estimara conveniente.

## XXVII

En este contexto, un ofensor obligado a participar aboca al fracaso del proceso, por lo que el consentimiento de su participación ha de ser libre y claramente voluntaria, teniendo como garantía, su intocable derecho a la presunción de inocencia. Aunque es cierto que el victimario debe asumir la responsabilidad en la comisión hechos, u ofrecer su punto de vista en el desarrollo de los mismos, no significa una declaración expresa de culpabilidad ante el sistema de justicia penal. Si el proceso restaurativo termina eficazmente, el derecho a la presunción de inocencia no se vería vulnerado por dos motivos: el primero, por la propia voluntariedad de su participación y en segundo lugar porque ha asumido la responsabilidad, pero no la culpabilidad dentro de un procedimiento penal.

## XXVIII

La asistencia legal es necesaria en los programas restaurativos con el fin de asegurar que los derechos tanto de las víctimas y sus ofensores sean respetados. Por esta razón, los letrados que tomen parte en estos

procedimientos deberían contar con una formación específica sobre los principios y el funcionamiento de los programas de Justicia Restaurativa, al objeto de realizar una asistencia legal adecuada.

## XXIX

Las necesidades de las víctimas pueden articularse bajo cuatro aspectos: financiero, físico, emocional y social. Para apreciar las necesidades desde la perspectiva de la víctima, es necesario tomarlas en consideración al objeto de que puedan verse satisfechas en el proceso de Justicia Restaurativa. Los recursos externos, como la asistencia a las víctimas, pueden tener un papel primordial en el programa restaurador.

## XXX

La mayor parte de los litigios que se dirimen en el ámbito judicial terminan con un ganador y un perdedor, y por lo general, abre un abismo de permanente incomunicación entre las partes. Las técnicas de Justicia Restaurativa son instrumentos que permiten la resolución de conflictos preservando una relación de mayor comunicación entre ellas, incluso cuando el conflicto acaba en los tribunales.

### XXXI

La restitución o compensación material o económica puede no ser suficiente. La necesidad de tener en cuenta la reparación moral ofrece la oportunidad al victimario de que pida perdón a la víctima, haciéndose responsable del daño causado. Por ello, la intervención con víctimas desde el paradigma restaurativo pueden ofrecer una eficaz solución a la superación de las consecuencias de la victimización.

### XXXII

El proceso restaurativo se ofrece como una poderosa forma de abordar no solo los aspectos materiales y lesiones físicas causadas por el crimen, sino también otros daños de índole social y psicológico. Cuando una de las partes no es capaz o no quiere participar en ese encuentro, se pueden utilizar otras técnicas para lograr reparar el daño. A pesar de que pudiera parecer que la aplicación de la Justicia Restaurativa, debe ser reducida para aquellos hechos ilícitos contra bienes jurídicos aparentemente “sencillos de restaurar”, la experiencia práctica nos dice que el proceso restaurativo se puede aplicar en todo tipo de supuestos.

### XXXIII

El éxito del proceso restaurativo no se establecerá por la cuantificación del castigo sino por la cantidad de daño que es reparado o evitado. Los programas restaurativos contribuyen también a la rehabilitación del ofensor, en la medida que asumiendo la responsabilidad y las consecuencias de su comportamiento delictivo, puede lograr a través de una posición empática, ponerse en el lugar de la víctima, propiciando la disminución de los factores de riesgo de la reincidencia.

### XXXIV

Hay al menos cuatro elementos básicos para que un proceso completamente restaurativo alcance sus objetivos: (a) una víctima identificable; (b) la participación voluntaria de la víctima; (c) un delincuente que acepte la responsabilidad de su comportamiento delictivo; y (d) la participación no forzada del delincuente. La mayoría de los métodos restaurativos se esfuerzan por alcanzar una dinámica interactiva específica entre las partes involucradas.

## XXXV

Las técnicas restaurativas están en constante evolución, son abiertas y flexibles y por tanto no deben entenderse dentro de un marco de categorías cerradas, sino al contrario, las ya existentes deben mejorar en su eficacia y las que sean creadas teniendo en cuenta la experiencia empírica, deben desplegarse en su desarrollo para ser aplicadas en el proceso restaurativo.

## XXXVI

Los facilitadores de Justicia Restaurativa, tienen como misión desarrollar el proceso. En gran medida el éxito obtenido, dependerá de las habilidades de este y de su compromiso con el programa. Deben contar con una adecuada formación para desempeñar su actividad, y hacer todo lo que esté a su alcance para reducir la posibilidad de parcialidades, evitando toda discriminación en su interacción con los delincuentes, las víctimas y los miembros de la comunidad.

Deberán de tener formación multidisciplinar en las Ciencias Penales, especialmente en aquellas referidas al trato con las víctimas, para poder manejar y gestionar asuntos complejos y sensibles. Estas habilidades son especialmente necesarias cuando haya posibilidades de daños posteriores para la víctima durante o fuera del proceso restaurativo.

## XXXVII

Los participantes en el proceso restaurativo, coordinados por el Facilitador son: 1) Víctima del delito; 2) Ofensores; 3) Fiscales; 4) Abogados; 5) Jueces y Magistrados; 6) Miembros de la Comunidad.

Respecto a las Víctimas del delito, en todos los procesos de Justicia Restaurativa es importante proteger sus intereses y asegurarse de que no se genere una doble victimización. Esto requiere un trabajo preparatorio antes de un encuentro con el delincuente, al objeto de entablar una comunicación directa o indirecta con el ofensor. Esta comunicación debe establecerse sobre la premisa del consentimiento libre y voluntario de la víctima, y siempre con la posibilidad de retirar su consentimiento y abandonar el proceso en cualquier momento. Cuando sea necesario, las víctimas deberán estar acompañadas, y tendrán el soporte continuo de familiares y amigos y en su caso, de miembros de instituciones o de la comunidad. Alternativamente, otra víctima o un familiar de la víctima pueden participar en representación suya.

## XXXVIII

Respecto a los ofensores, el proceso restaurativo debe aplicarse cuando haya razones suficientes para formular cargos contra ellos y se cuente con su consentimiento libre y voluntario. Contarán también con la facultad de retirar tal consentimiento en cualquier momento del desarrollo del proceso. Es necesario

que los abogados de la defensa conozcan los detalles del programa y puedan asesorar adecuadamente a sus representados.

### XXXIX

Desde la perspectiva de las víctimas, el programa restaurativo siempre resultará provechoso, al haberse sentido escuchadas y acompañadas frente a hechos en ocasiones de gran dureza; además si se genera en ellas una visión más cercana y humana de la Justicia Penal, y pueden incluso ver satisfechas sus “heridas morales” antes de llegar a la conclusión del programa.

### XL

El modelo que ofrecemos de Justicia Restaurativa y que denominamos **“Modelo Integrador del Proceso Restaurativo”** es una aportación complementaria (no alternativa) al sistema penal, de naturaleza flexible, ampliable y revisable, y aplicable a cualquier fase del procedimiento penal. El programa debe comenzar con una evaluación inicial de la planificación. Esta fase pretende estudiar desde el inicio los siguientes elementos: los hechos por los que se ha incoado el procedimiento, la identificación de las víctimas y de los investigados, el órgano jurisdiccional de procedencia, y la fase en que se encuentra el procedimiento penal.



## XLI

El modelo integrador debe constar con una planificación del programa, concretando la participación de las víctimas y de los investigados; técnicas a aplicar con las distintas partes; duración estimada; la posibilidad de integración de operadores jurídicos y agentes sociales; señalar los protocolos de actuación por parte de la Sección de Mediación Penal de la Fiscalía; y la posibilidad de incorporar al programa a la Sección de Víctimas y la Sección Penitenciaria de Fiscalía, si el caso lo requiere.

## XLII

El Modelo Integrador, aboga por la incorporación a él de operadores jurídicos y agentes sociales. Los Abogados de las partes pueden realizar un importante cometido dentro del proceso. En primer lugar asesorando a sus representados sobre las cuestiones que se deriven del mismo, sobre el alcance del acuerdo y el efecto jurídico que puede traer este en el procedimiento penal. En segundo lugar, interviniendo como receptor de la información que reciba del proceso, cuando sus patrocinados sean parte pero hayan decidido que su participación sea indirecta.

### XLIII

Las fases del proceso del Modelo Integrador se distribuyen de la siguiente manera: en la primera de ellas se establecen los contactos iniciales con los Letrados, las víctimas y los investigados, con el fin de ofrecerles la debida información, atender sus dudas y obtener el compromiso voluntario de su participación. Posteriormente, en una segunda fase, se desarrollan por parte del Facilitador las técnicas previstas, celebrando los encuentros restaurativos individuales como actos preparatorios previos a la comunicación entre las partes. En la tercera de las fases, se celebran formalmente esos contactos, a través de las reuniones restaurativas grupales o de otras técnicas adecuadas. Concluidas cada una de las fases y previo al paso de la siguiente, el Facilitador informará al Fiscal y al Magistrado del estado y evolución del proceso, de los objetivos a alcanzar en la siguiente etapa, así como la posibilidad, en su caso, de solicitar prórroga del programa. El proceso concluirá con una reunión grupal de todos los intervinientes, a fin valorar conjuntamente los resultados del mismo.

### XLIV

Una vez concluido el proceso, el Facilitador realizará un informe final respecto del alcance obtenido en el proceso restaurativo y lo remitirá con sus conclusiones al Fiscal y al Magistrado que entienda del asunto. El representante del Ministerio Público informará, a su vez, de la conclusión del programa, trasladando el mismo al órgano jurisdiccional correspondiente. Por

parte del Facilitador y del Fiscal asignado a la Sección de Mediación Penal, se procederá a la evaluación interna del proceso, detectando posibles correcciones y formalizando nuevos protocolos de actuación.

## XLV

Como reflexión final, añadimos a lo expuesto, que la aplicación del proceso restaurativo, ofrece a los juristas que desarrollan su actividad profesional en el ámbito de la justicia penal, una visión más amplia para la pacificación de los conflictos desde el Derecho Penal, sin exclusiones y dentro del marco legal existente. Desde esta perspectiva, La Justicia Restaurativa y el sistema penal discurrirán paralelamente con ese mismo objetivo.



## **BIBLIOGRAFÍA**

ADLER, F.; LAUFER, W, (1995, *Advances in criminological theory: The legacy of anomie*. Vol. 6. New Jersey.

AERTSEN, I., (2000), "Victim-Offender Mediation in Belgium, Victim-Offender Mediation", *Making Restorative Justice Work*. Lovaina

AERTSEN, I., MACKAY, R., PELIKAN, C., WILLEMSSENS, J., y M. WRIGHT, (2004), *Rebuilding Community Connections. Mediation and Restorative Justice in Europe*. Bruselas.

AGNEW, R., (1992), *An empirical test of general strain theory*. Boston.

AGUADO, T., (1999), *El principio de proporcionalidad en Derecho penal*.

AKERS, R., (1998), *Social learning and social structure: A general theory of crime and deviance*. Boston.

ALASTUE, M., (2000), *La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales*. Valencia.

ALMAGRO, J., (1989), *Disponibilidad en el nuevo proceso penal*, Valencia, págs. 140 y ss.

ÁLVAREZ, F. J., (2001), *Consideraciones sobre los fines de la pena en el ordenamiento constitucional español*. Granada.

ÁLVAREZ, F.J., (2010), *Código Penal y Ley Penal del Menor*. 16ª edición. Valencia.

ANDENAES, J., (1974), *Punishment and deterrence*. Michigan.

ARAUJO, M., (2010), *Los grandes movimientos actuales de política criminal*, Río de Janeiro, pág. 212-215.

ARMENTA, M. T. (2014), *El principio de oportunidad vs principio de legalidad, ¿una esperanza para la mediación en el derecho procesal?* Girona.

ARMENTA, M.T., (1996), "El proceso penal: nuevas tendencias, nuevos problemas", en *Estudios sobre derecho procesal*, Díez-Picazo, I; Martínez-Simancas, (coord.). J. Vol. 4. Págs. 4609-4646.

ARMENTA, T., (1991), *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*, Barcelona, pág.23.

ARROYO ZAPATERO, L; NEWMAN, U.; NIETO MARTÍN, A., (2003), *Justificación del Derecho penal en el cambio de siglo*, pág. 125-146.

ARROYO ZAPATERO, L., (1983), "Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal". *Revista española de Derecho constitucional*. Nº 8.

ARROYO ZAPATERO, L., (1987), "Fundamento y función del sistema penal: el programa de la Constitución". *Revista Jurídica de Castilla - La Mancha*.

ASHWORTH, A., (2003), *Is Restorative Justice the Way Forward for Criminal Justice?* pág. 171.

BAAMONDE, X., (2005), *La víctima en el proceso penal*. 1ª edición, Madrid.

BACIGALUPO, E., (1978), *Significación y perspectivas de la oposición Derecho penal-Política Criminal*.

BACIGALUPO, E., (1998), *Principios de Derecho Penal. Parte General*. Madrid.

BAIGÚN, D., (1978), *Política Criminal y Derecho Penal*, pág. 31.

BANDURA, A., (1977), *Social learning theory*. New Jersey.

BARATTA, A. (1975) *Criminología liberal e ideología de la defensa social. La cuestión criminal*. Pág 7.

BARATTA, A. (2000). *Criminología crítica y crítica del derecho penal*. México.

BARONA, S. (1994) *La reforma de la justicia penal*. Valencia. Pág. 285.

BARONA, S., (2013), "Influencia de la Unión Europea e Instancias supranacionales en la tutela penal de la víctima, en la Justicia Restaurativa y en la mediación penal", en *Revista Judicial.*, pág.11. Costa Rica.

BARUDY L., (2005), *La integración escolar como parte de un modelo de protección infantil basado en la promoción de la resiliencia*.

BAYFIS, R., (2002), *socialización y aprendizaje*. Pág. 17.

BAZÁN, L., (1996), *Mediación: una transformación en la cultura*, pág. 238.

BECCARIA, C., (2004), *De los delitos y las penas*. Madrid

BECKER, H. (1963), *Outsiders: Studies in the sociology of deviance*. New York.

BENTHAM, J., (1979), *El Panóptico*. Madrid.

BERA, W. (2001), *El empleo de la comunicación entre víctima y delincuente en el tratamiento del abuso sexual*.

BERDUGO, I; ARROYO, L; GARCÍA, N; FERRÉ, J.C.; SERRANO, J.R. (2010) *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*.

BERISTAIN, A. (1996), *Criminología, Victimología y Cárceles Tomo I*, Bogotá.

BERMÚDEZ, B. (1997) *La víctima en el Proceso Penal*. Buenos Aires.



BETELLÓN, J. "Los precedentes intelectuales de la humanización del Derecho penal y procesal en los siglos XVI y XVII", en *Historia de los derechos fundamentales*. Tomo I. págs. 483-499.

BINDER, A. (1997), *Política Criminal de la formulación a la praxis*. Buenos Aires, pág. 35.

BINDER, A. M. (1993), *Perspectivas de la reforma procesal penal en América Latina*, en *Justicia Penal y Estado de Derecho*. Buenos Aires, pág. 216.

BINDING, K.; VON LISZT, F. (1999) *Tratado de derecho penal*, Madrid.

BLACK, D. (1983), *Crime as social control*, New York.

BLANCO LOZANO, C., (2003), *Derecho Penal, Parte General*, Madrid.

BLUMSTEIN, A., (1988), *Criminal career research: its value for criminology*, New York.

BOLDT, R., (1986), "Criminal Law: Restitution, Criminal Law, and the Ideology of Individuality", *Journal of Criminal Law and Criminology*, núm. 77, pág. 970.

BONET ESTEVA, M., (1999), *La víctima del delito*, Madrid.

BONGER, W. (1966), *Criminality and economic conditions*, Boston.

BOVINO, A. (1998), *Contra la legalidad*, en *Problemas de Derecho Procesal Contemporáneo*, Buenos Aires, págs. 80-118.

BRAITHWAITE, J., (2002), *Restorative Justice and Responsive*.

BRAITHWAITE, J., (1989), *Crime, Shame and Reintegration*, Cambridge.

BRIGHT, C. *Mediación entre víctima y delincuente*. Recuperado el 19 de marzo de 2015, de <http://www.justiciarestaurativa.org/intro/practices/mediation>.

BUENO ARÚS, F. (2005), *La ciencia del Derecho penal: un modelo de inseguridad jurídica*. Navarra.

BUJÁN, J. (1998), *Elementos de Criminología en la Realidad Social*. Buenos Aires, págs. 246-247.

BUSTOS, J; LARRAURI, E., (1993), *Victimología, Presente y Futuro*, Bogotá.

BUSTOS, J., (1982), *Bases Críticas de un Nuevo Derecho Penal*. Colombia.

CÁCERES, J. (2001), *Parafilias y violación*. Madrid.

CAMACHO, I.M. (2010), *Análisis socio-histórico-jurídico de los modelos informales de resolución de conflictos con especial referencia a la mediación familiar*. Tesis Doctoral publicada por el Instituto Internacional de Sociología Jurídica. Oñate.

CARMONA, E. (1992), "Las normas constitucionales de contenido social: delimitación y problemática de su eficacia jurídica", en *Revista de estudios políticos*. Nº 76, 1992. Valencia, págs. 103-126.

CASAL, J.M., (2005), *Derechos humanos, equidad y acceso a la justicia*. Santiago de Chile, pág. 98.

CEA, M., (1990), *Inteligencia y delincuencia*. pág. 287.

CEREZO, J., (2004), "La ciencia alemana del Derecho penal desde el punto de vista de la española", en *La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*. MUÑOZ CONDE, F. (coord.) versión española. Valencia.

CERVELLÓ, V, (2012), *Los principios penales como criterio regulador de la selección de delitos mediables*. Valencia.

CHAPPELL-SUTTON, T, (1974), *La evaluación de la eficacia de programas para compensar a las víctimas de delitos.*, *Victimología: un nuevo enfoque*, Volumen II.

CHRISTIE, N., (1985), *Los límites del dolor*. México.

CHRISTIE, N. (2005), "El delito no existe", en *Estudios sobre justicia penal*. Homenaje al Profesor Julio Maier. Argentina.

CLIMENT DURÁN, C., (2011), *Código Penal. Jurisprudencia Sistematizada*.

COBO PLANA, J.A., BAÑÓN, R., (2000) "Guía y Manual de Valoración Integral Forense de la Violencia de Género y Doméstica" en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*. Año LIX, Suplemento al número 2000, de 1 de noviembre de 2005.

COHEN, A.,(1976), *Deviance and control*, New Jersey.

*Comité Permanente de Justicia y Derechos Humanos* (1998) *Derechos de las víctimas*.

CONDE-PUMPIDO, C., (1989), *El principio de legalidad y el uso de la oportunidad en el proceso penal*, Madrid.

CONGER, R. (1997), *Life-course contingencies in the development of adolescent antisocial behavior: A matching law approach. Developmental theories of crime and delinquency*. New Jersey.

Consejo y Parlamento Europeos Propuesta de Directiva COM/2011/0275.

CORDÓN, F., (1999), *Las garantías constitucionales del proceso penal*, pág. 88.

COSTA ANDRADE, M., (1980), *La víctima y el problema criminal*. Coimbra.

CRAGG, W., (1992), *The Practice of Punishment: Towards a Theory of Restorative Justice*, Nueva York.

DALY, K. (2002), "Restorative Justice: the real story". *Punishment & Society*. pág. 56.

DE GREIFF, P. (2008), *Justicia y reparación*, Bogotá.

DE MIGUEL, M., (1992), *La asistencia respecto a las víctimas, coordinadas del departamento de justicia*, Madrid.

BERGALLI, R. (coord.); BUSTOS J. (coord.) (1983), *Política social y política criminal. El Pensamiento Criminológico II. Estado y Control*, Buenos Aires.

DEL POZO, P., (1991), *Agresión y comportamiento delictivo*, pág. 309.

DÍAZ, F. (2006), *El surgimiento de la Victimología*, pág. 10.

DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., (2003), *El Derecho penal simbólico y los efectos de la pena, crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo*. Coord. L. Arroyo Zapatero, U. Newman y A. Nieto Martín. Cuenca, págs. 147-172.

DIGNAN, J., (2005), *Understanding Victims and Restorative Justice*, págs. 80-94.

DUFF, R., (2003), *Restorative punishment and punitive restoration*, pág. 32.

DUFF, R.; WALGRAVE, L., (2002) *Restorative punishment and punitive restoration*, London, pág. 382.

DURKHEIM, E., (1951), *Suicide: A study in sociology*. Illinois.

ELIAS J. (1993), *Sulha: Palestinian Traditional Peacemaking Process* (Sulha: Proceso tradicional palestino para crear paz). Shefar'Am, Israel.

ELIAS, R., (1985), *Trascendiendo la realidad social de la victimización: hacia una Victimología de los Derechos Humanos*, págs. 10, 213-224.

ESER, A., (1998), *La víctima en el proceso penal. Tendencias internacionales desde el punto de vista alemán*, Lima, pág. 134.

ESER, A. (2004), *Consideraciones finales, en la Ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*. Muñoz Conde, F. (coord.) versión española. Valencia.

ESPINOZA VÁSQUEZ, M. (2007), "Principios fundamentales del Derecho penal contemporáneo". *Revista Jurídica Cajamarca*, N° 9, págs. 1-13.

ESQUINAS, P. (2008), *Mediación entre víctima y agresor en la violencia de género*. Valencia.

ETXEARRIA, X.(2013), *Perspectiva restaurativa ante el fin de ETA*.

EXON, S.N., (2008), *The Effects that Mediator Styles Impose on Neutrality and Impartiality Requirements of Mediation*, San Francisco, pág. 581.

FATTAH, E., (1980), *Victimologie, Criminologie*. Montreal. Canadá.

FATTAH, E., (1991), *Understanding Criminal Victimization*. Canadá.

FATTAH, E., (2000), *Victimology: Past, present and future*. *Criminologie*. Canadá.

FATTAH, E.; SACCO, V.F., (1995), *Victimisation and Fear of Crime among the Elderly*, pág. 53.

FELSON, M. (1998), *Crime and everyday life*, California.

FERRAJOLI L., (1995), *Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal*, Madrid. pág. 104.

FERRAJOLI, L., (1986), "El Derecho penal mínimo, en Poder y Control", núm.0. págs. 37 y ss.

FERRAJOLI, L., (1996), *Derecho y razón (teoría del garantismo penal)*, Madrid.

FLECTHER, G. P. (1996), *Las víctimas ante el Jurado*, Valencia.

FOUCAULT, M., (1975), *Vigilar y Castigar*. Torino. pág. 5.

GALAIN, A (2010), *La reparación del daño a la víctima del delito*, Valencia

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.

GARCÍA ARÁN, M., (1986), "Responsabilidad y arbitrio judicial en la decisión sobre medidas alternativas a la privación de libertad", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, monográfico nº 11. Madrid.

GARCÍA ARÁN, M., (1993), "Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal", en *Estudios penales y criminológicos*.

GARCÍA ARÁN, M., (2004), "Despenalización y privatización: ¿tendencias contrarias?", en *Revista de derecho penal*. Nº. 14, págs. 97-103.

GARCÍA CAVERO, P., (2012), *La función de la pena*, Santiago de Chile.

GARCÍA PABLOS, A., (1993), *La Victimología*, Madrid.

GARCÍA PABLOS, A., (1998), *Manual de Criminología. Introducción y teorías de la criminalidad*, 1ª edición, Madrid.

GARCÍA PABLOS, A. (1999), *Tratado de Criminología*, Valencia.

GARCÍA PABLOS, A., (1996), *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos para juristas*. Valencia.

GARCÍA VALDÉS, C., (1987), *Historia de la prisión en Teoría de la Pena*, Madrid.

GARCÍA-PABLOS, A., (1994), *Criminología*, Valencia.

GARCÍA, N., (1996), *El poder punitivo en el Estado democrático*. Cuenca.

GARLAND, D., (2005), *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*. Barcelona. pág. 48.

GARRIDO GENOVÉS, V., (1993), *Técnicas de tratamiento para delincuentes*, Madrid.

GARRIDO GENOVÉS, V., (2004), *¿Qué es la Psicología Criminológica?*, Valencia.

GARRIDO GENOVÉS, V.; REDONDO, S.; STANGELAND, P. (2001), *Principios de Criminología*, Valencia.

GASSIN, R., (1994), *Criminologie*, Paris.

GAVRIELIDES, T. (2007), *Restorative Justice Theory and Practice: Addressing the discrepancy*, Helsinki.

GIMBERNAT, E., (1990), “¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?” en *Estudios de Derecho penal*, Madrid.

GIMENO SENDRA, J., (1988), *Los procedimientos penales simplificados*, pág, Madrid.

GLENN, L., (1994), *Victims' Rights*, Santa Bárbara.

GOIZAINI, O., (1995), *Formas alternativas para la resolución de conflictos*. Buenos Aires.

GOLUB, S., (2003), *Non-state Justice Systems in Bangladesh and the Philippines* (Sistemas de justicia no estatales en Bangladesh y Las Filipinas), Reino Unido.

GONZÁLEZ CANO, M., (1994), *La Ejecución de la Pena Privativa de Libertad*, Valencia.

GONZÁLEZ, B., (2009), *Restorative Justice and criminal justice procedural safeguards: limits and possibilities*.

GÖPPINGER, H., (1975), *Criminología*, Madrid.

GOULDING, D.; STEELS, B., (2012), *Restorative justice in the asia pacific region: acting fairly, being just*.

GOULDING, D.; STEELS, B., (2013), *Ten years on, the "three circle" model of restorative & transformative justice: a tool to combat victimization and recidivism*.

GREENBERG, S., (1982), *Safe and secure neighborhoods: Physical characteristics and informal territorial control in high and low crime neighborhoods*. Washington, D.C.

GRIFFITHS, C. T., (1996), "Sanctioning and Healing: Restorative Justice in Canadian Aboriginal Communities", *International Journal of Comparative and Applied Criminal Justice*.



- GROENHUIJSEN, M., (1996), *Conflicts of victim's interest and offenders' rights in the criminal justice system a European Perspective*. Camberra.
- GÜNTER, K. (1988), *Criminología*, Madrid.
- GUTIÉRREZ, C., (2005), *El empoderamiento de las víctimas desde la Justicia Restaurativa*.
- HASSEMER W., (1989), *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, Valencia.
- HASSEMER, W., (1984), *Fundamentos del Derecho Penal*, trad. por Muñoz Conde, F.; Arroyo Zapatero, Barcelona.
- HASSEMER, W., (1995), *Derecho Penal Simbólico y protección de Bienes Jurídicos, en Pena y Estado*. Santiago de Chile, pág. 23-36.
- HAWLEY, H. (1984), *Sociological human ecology*, California.
- HAYES, H., (2005), "Assessing Reoffending in Restorative Justice Conferences", *The Australian Journal of Criminology*.
- HAYES, H.; K. DALY, (2004), "Conferencing and Re-offending in Queensland" (Conferencias y segundas ofensas en Queensland), *The Australian and New Zealand Journal of Criminology*, Vol. 37, No.2, págs 167-191.
- HAYES, H.; K. DALY, (2003), *Youth Justice Conferencing and Reoffending*. London.
- HERNÁNDEZ F., (1930), *La Protección a la víctima del delito*, La Habana.
- HERRERA MORENO, M., (1996), *La hora de la víctima. Compendio de Victimología*. 1ª edición, Madrid.

HERRERA, M., (1996), *Introducción a la problemática de la conciliación víctima-ofensor. Hacia la paz social por la conciliación.*

HERRERO, C; GARRIDO, E., (2001), "Victimología: el impacto del delito, la víctima y el sistema legal. Una aproximación psicosocial", en *Criminología Aplicada*, Madrid, págs. 18-20.

HERRERO, C., (1997), *Criminología*, Madrid.

HIRSCH H. J., (2000), *Derecho Penal. Obras Completas.* Buenos Aires, pág. 153.

HIRSCHI, T., (1969), *Causes of delinquency*, California.

HOEGEN-BRIENEN, M, (2000), *Las víctimas de delitos en los sistemas de Justicia Penal Europea.*

HORMAZÁBAL, H., (1991), *Bien jurídico y Estado Social y democrático de Derecho*, Barcelona, pág. 14.

HOWARD, J., (2005), *El Estado de las Prisiones en Inglaterra y Gales*, México.

HUBER, B., (1994), "Sanciones intermedias entre la pena de multa y la pena privativa de libertad" en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Tomo XLVII. Fascículo III, Madrid.

HULSMAN, L; BERNAT DE CELIS, J, (1984), *Sistema penal y seguridad ciudadana: hacia una alternativa*, Barcelona, pág. 8.

HULSMAN, L., (1996), *El Paradigma abolicionist*, Buenos Aires.

ILUNDAIN, M; TAPIA, G. (2003), "Mediación y violencia familiar". *La Trama: Revista Interdisciplinaria de Mediación y Resolución de Conflictos*, N° 28.

JAKOBS, G.; CANCIO, M., (2007), *Derecho penal del enemigo*, Navarra.

JANOFF-BULMAN, R., (1992), *Shattered assumptions: Towards a new psychology of trauma*. New York.

JESCHECK, H.; WEIGEND, T., (2002), *Tratado de Derecho penal. Parte General*, traducido por Olmedo Cardenete M, Granada.

JOHNSON, G.; VAN NESS, D., (2006), *The Meaning of Restorative Justice* (El significado de la justicia restaurativa).

JOK, A.; LEITCH, R.A.; VANDEWINT, C. (2004), *A Study of Customary in Contemporary Southern Sudan* (Un estudio sobre las costumbres en el Sudán sureño contemporáneo).

JORGE, F.; GONZÁLEZ, F., (1995), "La mediación. 1ª experiencia de adultos en España", en *Revista del Poder Judicial*, Nº 39, Madrid.

Informe del Secretario General del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas. Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal, (2002), *Justicia Restaurativa*, Viena.

KAPLAN, H., (1995), *Deviant behavior in defense of self*, New York.

KITTAYARAK, K, (2005), *Restorative Justice in Thailand* (Justicia restaurativa en Tailandia). Documento presentado en el Taller para Mejorar la Reforma de Justicia penal, incluyendo Justicia restaurativa, Décimo primer congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Justicia penal, Bangkok, Tailandia, 18-25 de Abril de 2005.

KRAFT, T., (2001), *Nonviolence and Social Empowerment*.

KUHN, T.S., (1962), *La estructura de las revoluciones científicas*. 8ª edición, Argentina, págs. 45-127.

LAFREE, G., (1991), *The neglected situation: A study of the situational characteristics of crime*.

LANDROVE, G. (1984), "Prisión preventiva y penas privativas de libertad". *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. VII, págs. 282-305.

LANDROVE, G. (1990), *Victimología*. 1ª edición, Valencia.

LANDROVE, G., (1988), *La moderna Victimología*, Valencia

LARDIZÁBAL Y URIBE, M., (1997), *Manual de discurso sobre las penas*, Granada.

LARRAURI, E, (1999), "El sistema de penas desde una perspectiva reduccionista: Alternativas a la pena de prisión", en *Política Criminal*, Madrid.

LARRAURI, E., (1991), *La herencia de la criminología crítica*, Madrid.

LASO PRIETO, J.M. (1978), "Constitución y uso alternativo del derecho". *Revista Argumentos*, Madrid, págs. 66-64.

LATIMER, J.; KLEINKNECHT; S. (2000), *The Effects of Restorative Justice Programming: A Review of the Empirical Literature* (Los efectos de la programación de justicia restaurativa: una revisión de la literatura empírica), Ottawa.

LAUB, J., (1993), *Turning points in the life course: Why change matters in the study of crime*.

LE BLANC, M., (1997), *A generic control theory of the criminal phenomenon: The structural and dynamic statements of an integrative multilayered control theory. Endevelopmental theories of crime and delinquency*. New Jersey.

LESCH HEIKO H., (1995), *La finalidad de la Pena.*, pág. 19.

LEVERTON, W.R., (2008), "The Case for Best Practice Standars in Restorative Justice Processes", *American Journal of Trial Advocacy*, núm. 31, pág. 516.

LIEBMANN, M.; G. MASTERS (2000), "Victim-Offender Mediation in the UK", in *The European Forum for Victim-Offender Mediation and Restorative Justice*, Leuven, págs. 337-369.

LLOREDO, L., (2011), *De ser humanos a hacernos humanos: en torno al concepto de humanización del Derecho*, Madrid.

LONDON, R., (2011), *Crime, Punishment, and Restorative Justice: From the Margins to the Mainstream*.

LÓPEZ, D.; García Arán, M. (1996), *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador*, Madrid.

LÓPEZ, J., (2002), *El principio de oportunidad*, Madrid.

LUCKENBILL, D. (1989), *Structural position and violence: Developing a cultural explanation*.

LUNA, A., CERÓN, M., OSUNA, E.; BAÑÓN, R., (1990) "Violence in the family setting. Analysis of mistreatment of minors and women", en *Revista Internacional Act. med. Legal. et Socialis*, Nº 40, págs. 173-181. Liege, Bélgica.

MACKAY, R. E., (2000), *Ethics and good practice in Restorative Justice, Victim-offender mediation in Europe, making Restorative Justice Work*, págs. 49-68.

MADLENER, K., (1989), *La reparación del daño sufrido por la víctima y el derecho penal*.

MAIER JULIO B. J. (2004), *El Penalista Liberal. ¿Es la Reparación una Tercera Vía del Derecho Penal?*.

MAIER, J. (1991), *La Víctima y el sistema penal*, Buenos Aires, pág. 32.

MALVÁEZ CONTRERAS, J., (2008), *La Reparación del Daño al Ofendido o Víctima del Delito*, Méjico, pág. 95.

MANCIAUX, M, (2001), *La resiliencia: resistir y rehacerse*, Madrid.

Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa, (2006), Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. Nueva York.

MANZANARES, J. L., (2002), *Oportunidad y conformidad. Los principios del proceso penal*. Madrid.

MANZANARES, J.L., (2007), *Mediación, Reparación y Conciliación en el Derecho Penal*, Granada, pág. 57 y ss.

MAPPELLI, B; TERRADILLOS, J., (1996), *Las consecuencias jurídicas del delito*, Madrid.

MAPPELLI, B., (1983), *Principios fundamentales del sistema penitenciario español*, Barcelona.

MAPPELLI, B.; TERRADILLOS, J., (1996), *Las consecuencias jurídicas del delito*, Madrid.

MARCHETTI, E.; DALY K., (2004), *Indigenous courts and Justice Practices in Australia. Trends and Issues in Criminal Justice* (Cortes indígenas y prácticas de justicia en Australia. Tendencias y problemas en justicia criminal), No. 274. Canberra.

MARSHALL, T. F., (1999), *Restorative Justice: An Overview*. Londres, Reino Unido.

MARTEN, G., (2012), *Ecología Humana*, Madrid.

MARTÍN, A., (1987), *Antecedentes en el estudio de la conducta delictiva*, pág. 30-35, Madrid.

MARTÍNEZ R., (2012), *Vías alternativas a la solución de conflictos en el proceso penal*, pág. 35 y ss.

MARTÍNEZ, M.; SÁNCHEZ M.P. (2011), *Justicia Restaurativa, mediación penal y penitenciaria: un renovado impulso*, Madrid.

MATEO DÍAZ, J., (2000), *La seguridad jurídica y la protección de las víctimas, en Jornadas canarias: La víctima y sus Derechos, un objetivo para la Política criminal*, ejemplar manuscrito.

MATSUEDA, R., (1997), *A symbolic interactionist theory of role transitions, role commitments, and delinquency*, New Jersey.

MAXWELL, G.; MORRIS, A., (1993), *Family Participation, Cultural Diversity and Victim Involvement in Youth Justice: A New Zealand Experiment* (Participación familiar, diversidad cultural e involucramiento de víctimas en la justicia juvenil: un experimento en Nueva Zelanda), Wellington, New Zealand.

MAXWELL, G.; MORRIS, A. (2001), *Family Group Conferences and Reoffending* (Conferencias grupales familiares y ofensas reiteradas) Oxford.

- MAZA, J.M. (2007), *Algunas consideraciones criminológicas, de interés judicial, sobre las víctima del delito*, Madrid.
- MCCOLD, P., (2003), *A survey of Assessment Research on Mediation and Conferencing* (Una encuesta sobre investigación de evaluación sobre mediación y conferencias), Reino Unido, págs. 67-120.
- McELREA, F., (1993), *A New Model of Justice* (Un nuevo modelo de justicia), New Zealand.
- MCEVOY, K., MIKA, H.; HUDSON, B. (2002) *Introduction: Practice, Performance and Prospects for Restorative Justice. British Journal of Criminology*, págs. 469-475.
- MÉGRET; ALSTON, P, (2012), *Las Naciones Unidas y los Derechos Humanos: Una Evaluación Crítica*.
- MENDELSON, B., (1981), "La Victimología y las tendencias de la sociedad contemporánea" en *Revista ILANUD al día*. Nº. 10, San José de Costa Rica, pág. 24.
- MENDELSON, B., (1956), *Victimología*.
- MERINO, C., (2013), *La mediación familiar en situaciones asimétricas. Procesos de gestión de conflictos con episodios de violencia, drogodependencias, enfermedad mental y desequilibrio de poder*, Madrid.
- MERTON, R, (1957), *Social structure and anomie. En Social theory and social structure*, Illinois.
- MIERS, D. (2001), *An International Review of Restorative Justice. Crime Reduction Research*, pág. 10.



- MILLER, S., (2011), *After the Crime, The Power of Restorative Dialogues between Victims and Violent Offenders*, New York, pág 60-88.
- MIR PUIG, M., (1976), *Introducción a las bases del Derecho penal*.
- MIR PUIG, M., (1982), *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho.*, Barcelona.
- MIR PUIG, (2006), *Nuevas tendencias en Política Criminal*, Madrid
- MOFFITT, T. (1994), *Neuro-psychological tests predicting persistent male delinquency*. Criminology 32. págs. 277-302.
- MONTESDEOCA, D. (1995) *El “síndrome del por qué” como elemento de diagnóstico para la mediación en víctimas de violación*. Gran Canaria.
- MONTESDEOCA, D. (1999) “La Oficina de asistencia a las víctimas del delito”, en *Psicología Jurídica y Redes Sociales*. Clemente, M. (coord.); Serrano, I. (coord.) Madrid.
- MORRIS, A. (2003), *Critiquing the critics: a brief response to critics of restorative justice*, pág. 462.
- MORRIS, A.; YOUNG, W., (2000), *Reforming Criminal Justice: The Potential of Restorative Justice*, Ashgate, pág. 19.
- MORTON, B. ; SANGREY, D., (1979), *The Crime Victim's Book*. New York, pág. 75.
- MUÑOZ CONDE, F; GARCÍA ARÁN, M. (2015), *Derecho Penal. Parte General*, Valencia.
- MUÑOZ CONDE, F., (1979), “La resocialización del delincuente. Análisis y crítica de un mito”, en *Cuadernos de Política Criminal*, Nº 7.
- MUÑOZ CONDE, F. (1985), *Derecho Penal y Control Social*, págs. 16 y 17.

MUÑOZ CONDE, F., (1980), *Culpabilidad y Prevención en Derecho penal*, Madrid.

NEUMAN, (1994), *Victimología. El rol de la víctima en los delitos convencionales y no convencionales*, Buenos Aires.

NINO, C., (1984), *Los Límites de la Responsabilidad Penal. Una Teoría Liberal del Delito*, Buenos Aires, pág. 255.

NAVARRO, F., (2014) “Vallejo Nágera, los niños perdidos del Franquismo y los crímenes contra la Humanidad”, en *Revista General de Derecho Penal*, N°. 22.

Oficina de las Naciones Unidas para la Fiscalización de Drogas y Prevención de la Delincuencia (2000). *Manual sobre justicia para las víctimas*.

Organización Nacional para la Asistencia a las Víctimas (2001). *El trauma psicológico de la victimización por crimen*.

OSSORIO, A. (2008), *El alma de la toga*, Zaragoza.

PALOMINO, J.M., (2007), *Derecho Penal y Nuevas Tecnologías. Hacia un sistema informático para la aplicación del Derecho penal*, Valencia.

PALOMINO, J.M., (2015), *Reformas del Código Penal 2015. Tablas comparativas*. Publicación del Ilustre Colegio de Abogados de Las Palmas.

PARKER, L., (2004), “Using Traditional Practices to Improve the Justice System”, *Restorative justice*. Ottawa.

PAYNE, D., (1973), *Negative labels: Passageways and prisons. Crime & Delinquency*. Pág. 33-40.

PEACHEY, D., (1989), *Victim/offender mediation: The Kitchener experiment*, Manitoba, Canadá.

PEACHEY, D., (1989), *What people want from mediation*. San Francisco, EE.UU.

PEACHEY, D., (1992), *Restitution, reconciliation, retribution: Identifying the forms of justice people desire*, Ontario, Canadá.

PEACHEY, D., (1999), *Choosing a path for conflict transformation*, Manitoba, Canadá.

PEACHEY, D.; WAHL, G., (1997), *Making the most of mediation: A participant's guide to resolving land use and planning disputes*. Ontario, Canadá.

PEDRAZ PENALVA, E. (1990), *Constitución, Jurisdicción y Proceso*, Madrid. pág. 313.

PELAYO, A., (1999), *La humanización del Derecho penal y procesal*.

PÉREZ, A., (1988), *Papel modulador de las expectativas de control en la conducta delictiva*.

PÉREZ, A., (2001), *La víctima ante el Derecho penal; especial referencia a las vías formales e informales de reparación y conciliación*, Madrid.

PÉREZ, G. (1999), *Reparación y conciliación en el sistema penal: ¿apertura de una nueva vía?*, Granada.

PÉREZ, J. (1988), *Teorías biológico-factoriales y delincuencia*, pág. 73.

PETERS, T. (1988), *Consideraciones teóricas sobre la Victimología*, Lovaina.

PETERS, T. (1990), *La policía y las víctimas del delito*, Lovaina.

PETERS, T., (1990), *Criminología y Victimología*, Lovaina.

PETERS, T., (1994), *La pena considerada desde una perspectiva de reparación*, Lovaina.

PETERS, T., (1994), *Mediación para la reparación*, Lovaina.

PETERS, T., (2004), *Investigación de acción y Justicia Restauradora*. Lovaina.

PIZZI, W., (1999), *Derechos de las víctimas: repensando nuestro sistema adversarial*, Utah.

PORTILLA, G., (1988), *La influencia de las Ciencias Sociales en el Derecho penal: La defensa del modelo ideológico neoliberal en las teorías funcionalistas y en el discurso ético de Habermas sobre elección de intereses penales*, págs.118-120.

PRIETO, L., (2001), "La filosofía penal de la Ilustración", en *Historia de los derechos fundamentales*. Tomo II, Madrid, págs. 144 y ss.

PUNTES, T., (2002), *Los principios del proceso penal y la presunción constitucional de inocencia*, Madrid.

QUERALT, J., (1994), *Victimas y garantías: algunos cabos sueltos. A propósito del Proyecto Alternativo de reparación. Contribución al homenaje al Prof. Dr. h. c. Claus Roxin*, Barcelona.

QUINNEY, R. (1969), *The problem of crime*, New York.

QUINTERO OLIVARES, G. (2002), *Manual de Derecho penal, Parte general*.

RAINE, A., (1993), *The psychopathology of crime: Criminal behavior as a clinical*

- REMESAL, J., (1985), *El comportamiento postdelictivo*. León. Pág. 363.
- RÍOS, J. (2015), *La Justicia restaurativa, las víctimas y la humanización del Derecho penal, en Resolución alternativa de conflictos*.
- RIQUERT, M., (1995), *Una asignatura pendiente en el conflicto penal. La víctima*, Madrid, pág. 56-65.
- ROCK, P., (1994), *Victimology*. Brookfield.
- RODRÍGUEZ MANZANERA, L., (1999), *Victimología. Estudio de la víctima*, México.
- RODRÍGUEZ, N. (2005), *Aproximación al estudio de la justicia penal negociada*, Madrid.
- ROJAS MARCOS, L. (2005), *¿Condenados a víctimas perpetuas?*. El País, 28 de julio de 2005.
- ROMERO, A. (1994), *La víctima frente al sistema jurídico-penal: análisis y valoración*, Barcelona.
- ROXIN, C., (1992), "La Reparación en el Sistema de los Fines de la Pena" en *De los Delitos y de las Penas*, Maier Julio B.J. (Compilador), Buenos Aires.
- ROXIN, C., (1992), *Política criminal y estructura del delito*, Barcelona.
- ROXIN, C., (1997), *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. 1ª edición española, Madrid.
- ROXIN, C., (2000), *Derecho Procesal Penal*. Traducción de la 25ª Edición Alemana de Córdoba, D. y Pastor, R., revisada por Maier, J. Buenos Aires. pág. 525.

ROXIN, C., (1992), *Política criminal y estructura del delito*, pág. 394.

RUSSELL Y RUSSELL; (1962), *Las obras de Jeremy Bentham*, pág. 589.

RUTHERFORD, A., (1983), *Prisons and the Process of Justice. The Reductionist Challenge*, Londres.

SÁEZ, C. (2011), *La estrategia penal contra la violencia de género en su complicado encaje con la mediación penal, en Justicia Restaurativa, Mediación Penal y Penitenciaria: un renovado impulso*, pág. 211

SÁEZ, R.; ORTUÑO P. (2006), *Alternativas a la judicialización de los conflictos: la mediación*, Madrid.

SAINZ CANTERO, J.A. (1990), *Lecciones de Derecho Penal*. 3ª Edición. Barcelona, pág. 82.

SALINERO, A., (1997), "El sistema de penas en el código penal de 1995", en *Revista Jueces para la Democracia*. Nº 30. Madrid, págs. 68-78.

SALINERO, A., (2015), *Víctimas de delitos transnacionales: un largo camino inconcluso hacia su reconocimiento*.

SALINERO, C. (2007), "Las víctimas de delitos en el espacio judicial europeo, hacia una necesaria protección de sus derechos", en *Homenaje a Ruperto Núñez Barbero*. Pérez F (coord.); Núñez, M.A.; (coord.); García, I. (coord.); (2007) págs. 691-728.

SALINERO, C., (2001), "Naturaleza jurídica, fundamento y comunicabilidad de las circunstancias modificativas", en *Libro homenaje Dr. Marino Barbero Santos : "in memoriam"*. Arroyo Zapatero, L.A. (coord.); Berdugo, I. (coord.) (2001) págs. 1297-1395.

SAMPSON, R. (1997), *A life-course theory of cumulative disadvantage and the stability of delinquency*. En *Developmental theories of crime and delinquency*. New Jersey.

SAN MARTIN LARRINOVA, M. (1997), *La mediación como respuesta a algunos problemas jurídico-criminológicos*, Bilbao.

SANCHA, V. (1987) *Delincuencia. Teoría e investigación*.

SANCHO GARGALLO, I. (1996), *Legalidad, Oportunidad y Transacción en el Procedimiento Abreviado. Los Principios del Proceso Penal*. Madrid.

SANZ, A. (2009), *Víctimas de delitos: derechos, protección y asistencia*. Madrid, págs. 25-34; 132-147.

SCHAFER, S. (1977), *Victimología*.

SCHULZ, F. (2009), *Principios del Derecho Romano*. Traducida por Abellán M. Madrid, pág. 211.

SEBALD, H. (1992), *Adolescence: A social psychological analysis*. New Jersey.

SEBBA, L., (1986), *Victims of offences, Criminal law in action*, Arhem, pág 377

SEELMAN, K. (1999) "Fines penales y reparación". Citado por Pérez Sanzberro. *Reparación y Conciliación en el sistema penal. ¿Apertura de una nueva vía?* pág. 211, Granada.

SEGOVIA BERNABÉ, JL.; RÍOS, J. (2008), "Diálogo, Justicia Restaurativa y Mediación". *Documentación Social. Revista de Estudios Sociales y de Sociología Aplicada*, págs. 148, 77-100.

SEGOVIA, J.L., (2011), *Otro Derecho penal es posible: la alternativa restaurativa*, Madrid.

SHAPLAND, J., (1986), *Justicia y víctimas: derechos, necesidades y servicios*. Londres, pág. 400.

SHERMAN, L., (1993), *Defiance, deterrence, and irrelevance: A theory of the criminal sanction*.

SILVA, J., (1993), *La consideración del comportamiento de la Víctima en la teoría del delito*.

SILVA, J. M. (1992), *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*. Barcelona, págs. 189-190.

SIMONS, R., (1998), *A test of latent trait versus life-course perspectives on the stability of adolescent anti-social behavior*.

SINGER, P. (2003), *Desacralizar la vida humana. Ensayos sobre ética*, Madrid, págs. 65-90.

SOLÉ, J. (1997), *La tutela de la víctima en el proceso penal*, Barcelona.

SORIA VERDE, M.A.; Sáiz D., (2006), *Psicología Criminal*, Madrid, págs. 315-331.

SORIA, M.A.; HERNÁNDEZ G.A. (1994), *El agresor sexual y la víctima*. Barcelona, págs. 60-70.

STEELS, B., GOULDING, D., (2013), *the problem of over-representation of indigenous australians within the western australian criminal justice system: possible solutions*

STEELS, B.; GOULDING; ABBOT, K., (2014), *restorative justice in asia: from the margins and corners to commonplace. in contemporary trends in asian criminal justice: paving the way for the future*.



STEVENS, J. (2000), *Access to Justice in Sub-Saharan Africa: The Role of Traditional and Informal Justice Systems*. (Acceso a la justicia en África en sub Sahara: el rol de los sistemas de justicia tradicional e informal). Londres: Penal Reform International.

STITH, S; WILLIAMS, M.; ROSEN, K. (1992), *Psicosociología de la violencia en el hogar*, Bilbao.

STRANG, H. (2002), *Repair or Revenge: Victims and Restorative Justice* (Reparo o venganza: víctimas y justicia restaurativa), Oxford.

STUBBS, J. (2004), *Restorative Justice, Domestic Violence and Family Violence*, pág. 9.

STUBBS, J. (2004), "Restorative Justice, Domestic Violence and Family Violence". (Justicia restaurativa, violencia doméstica y violencia familiar"). Australian Domestic and Family Violence Clearinghouse. Documento de Asuntos 9.

SUÁREZ-MIRA, C.; PIÑOL, J. R., (2004), *Manual de Derecho penal, Tomo I, Parte general*, pág.558.

SUTHERLAND, E. (1924), *Criminology*. Philadelphia.

TAMARIT, J., (1998), *La víctima en el derecho penal: de la victimo-dogmática a una dogmática de la víctima*, Madrid.

TAMARIT, J., (2007), "La difícil asunción de la reparación penal por la jurisprudencia española", en *Revista general de Derecho penal*, número 7.

TAMARIT, J., (2012), *La Justicia Restaurativa: Desarrollo y Aplicaciones*. Granada.

TAMAYO, J. (2006), "El Nuevo Derecho, el escepticismo ante las normas y el uso alternativo del derecho". *Revista Facultad de derecho y ciencias políticas*. Vol. 36. Nº 105, Medellín, págs. 361-397.

TÉLLEZ, A. (1988), *Los Sistemas Penitenciarios y sus prisiones. Derecho y Realidad*, Madrid.

THORNBERRY, T. (1997), *Developmental theories of crime and delinquency*.

TOBAL, M., (1990), *La aproximación conductual al comportamiento delictivo*, Madrid. pág. 107-110.

TOLEDO Y EUBIETO, E., (1990), *Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos*, págs. 5-27.

TUTU, D., (2006), *La experiencia de la comisión de verdad y reparación en Suráfrica. Justicia es reconciliación*.

UMBREIT, M., (1994), *Victim Meets Offender: The Impact of Restorative Justice and Mediation*. Manitoba, Canadá.

UMBREIT, M.S.; COATES, M. (2000), *Multicultural Implications of Restorative Justice: Potential Pitfalls and Dangers* (Implicaciones multiculturales de justicia restaurativa: escollos potenciales y peligros), Washington.

UMBREIT, M.S.; GREENWOOD, J. (2000). *Guidelines for Victim-Sensitive Victim-Offender Mediation* (Lineamientos para la mediación sensible a víctimas entre víctimas y ofensores). Washington, pág. 129.

VAN NESS, D. (1996), *Restorative Justice and International Human Rights*.

VAN NESS, D., (2005), *An Overview of Restorative Justice around the World*, (Una visión general de justicia restaurativa a través del mundo), Documento presentado en el Taller para Mejorar la Reforma de Justicia penal, incluyendo Justicia Restaurativa, Decimoprimer Congreso de las Naciones Unidas sobre la Prevención del Delito y Justicia penal, Bangkok, Tailandia, del 18-25 de Abril de 2005.

VAN NESS, D., (1997), *Restoring Justice*. New York.

VAN NESS, D.; HEETDERKS STRONG, K. Recuperado el 20 de marzo de 2015, de <http://www.justiciarestaurativa.org/intro/xvalues/reparation>.

VAN NESS, D.; Y STRONG, K. (2010), *Restoring Justice: An Introduction to Restorative Justice*.

VARELA, L.: (1993), *Hacia nuevas presencias de la víctima en el proceso*, en *La Victimología*, Madrid, pág. 101.

VARONA MARTÍNEZ, G., (1998), *La mediación reparadora como estrategia de control social. Una nueva perspectiva criminológica*, Granada.

VILLAVICENCIO, J. (2000), *Introducción a la Criminología*.

VILLEGAS, J. (2009) “¿Qué es el principio de intervención mínima?” en *Revista Internauta de Práctica Jurídica*. Nº 23, págs. 1-10.

VON HENTIG, H. (1972), *El delito I y II. El delincuente bajo la influencia del mundo circundante*, Madrid, págs. 408-553.

VON HIRSCH, A., (2003), *Retribución y prevención como elementos de justificación de la pena*, en *Crítica y Justificación del Derecho penal en el cambio de siglo*. Coord. L. Arroyo Zapatero, U. Newman y A. Nieto Martín. (2003) Cuenca, págs. 125-146.

VON HIRSCH, A., ASHWORTH, A., SHEARING, C. (2003), *Specifying Aims and Limits for Restorative Justice: A 'Making Amends' Model?*, pág. 32.

WALGRAVE, L. (2002), *Restorative Justice and the Law*, New York.

WALKER, L.; K.S. VAN WORMER, K. (2012), *Restorative Justice Today: Applications of Restorative Interventions*, London, pág. 96.

WALKLATE, S., (1989), *Victimology*, Londres, pág. 49.

WEITEKAMP, E. (2002), *Restorative Justice: Present Prospects and Future Directions* (Justicia Restaurativa: Prospectos Presentes y Direcciones Futuras), Reino unido.

WEMMERS, J., (2003), *Introduction à la Victimologie*. Montreal.

WIESEL, E., (1979), *Un Judio hoy*.

WILSON, J., (1985), *Crime and human nature*. New York.

WOLFGANG M., (1965), *Compensación para las Víctimas de los Delitos de Violencia de Carácter Personal*.

WRIGHT, M., (1996), *Justice for Victims and Offenders: A Restorative Response to Crime* (Justicia para víctimas y ofensores: una respuesta restaurativa al crimen), Winchester.

ZAFFARONI, E. (1989), *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal*, Buenos Aires.

ZAFFARONI, R; Alagia, A; Slokar,; A. (2000), *Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires, pág. 35.

ZAFFARONI, R., (2002), *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, pág. 64.

ZEHR, H. Restorative Justice. Recuperado el 14 de septiembre de 2011, de <http://emu.edu/now/restorative-justice>.

ZEHR, H., (1990), *A new focus for Crime and Justice*. New York.

ZEHR, H., (1990), *changing lenses: a new focus for crime and justice*. New York.

ZÚÑIGA, L. (2001), *Política Criminal*. Madrid.