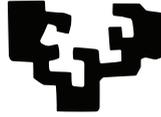


eman ta zabal zazu



Universidad
del País Vasco

Euskal Herriko
Unibertsitatea

JUSTICIA RESTAURATIVA: EMERGENCIA DE UN PRINCIPIO ORIENTADOR DE LA JUSTICIA PENAL.

Previsiones normativas explícitas,
implícitas o equívocas.

Tesis Doctoral:

María del Río Pereda

Dirección:

Dra. Adela Asua Batarrita

Dr. Jon Mirena Landa Gorostiza

DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO
FACULTAD DE DERECHO

Bilbao 2015

Tabla de contenido

INTRODUCCIÓN	17
---------------------------	----

CAPITULO I:

ORIENTACIONES DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA	27
1. Introducción	29
2. Orientaciones influyentes	31
2.1. Abolicionismo	31
2.2. Victimología	33
2.3. Comunitarismo	35
3. Herramientas tradicionales de la justicia restaurativa	38
3.1. Mediación	39
3.2. Conferencias	41
3.2.1. Conferencias víctima infractor.	42
3.2.2. Conferencias familiares.	42
3.3. Círculos	43
4. Caracteres básicos de la justicia restaurativa	45
4.1. Definición de Justicia Restaurativa.	45
4.2. Contrastes entre los rasgos de la justicia restaurativa y la justicia retributivas.....	48
5. Modelos teóricos de justicia restaurativa	54
5.1. Minimalista o procedimental.....	54
5.2. Maximalista o global	56
5.2.1. Rasgos generales.....	57
5.2.2. La construcción de Walgrave	59
5.3. La recepción de elementos restaurativos en la doctrina penal española	62

6. Documentos y recomendaciones internacionales: de la orientación a la víctima hacia la justicia restaurativa.....	67
6.1 Naciones Unidas.....	67
6.2 Consejo de Europa Igual que comentario anterior.....	69
6.3 Unión Europea Igual que comentario anterior.....	72
6.4 Declaraciones de foros internacionales sobre mediación y justicia restaurativa.....	75
7. Recapitulación.....	77

CAPITULO II:

APROXIMACIÓN A UN MODELO EUROPEO PIONERO: EL MODELO BELGA.....	78
1. Introducción.....	81
2. La justicia restaurativa en el ámbito de los menores infractores.....	85
2.1 Ley de 1965 sobre la protección de los menores.....	85
2.2. La reforma de 2006 de la normativa federal sobre menores infractores.....	87
2.2.1 Requisitos básicos de las medidas restaurativas.....	89
2.2.1.1 <i>Iniciativa del procedimiento reparador.....</i>	89
2.2.1.2 <i>Indicios de culpabilidad.....</i>	90
2.2.1.3 <i>Asunción implícita de participación.....</i>	90
2.2.1.4 <i>Existencia de una víctima concreta.....</i>	91
2.2.1.5 Voluntariedad expresa.....	91
2.2.2 Modalidades de figuras restaurativas.....	92
2.2.3 Efectos.....	92
3.3. Ley de Mediación penal, 1994.....	94
3.1 Estructura.....	96
3.1.1 La Transacción.....	96
3.1.2 La Mediación.....	98
3.2 Características.....	98

3.2.1 Compromisos del infractor: modalidades.....	100
3.2.2 Órganos de la mediación.....	101
3.2.3. Maisons de justice y sus funciones.....	102
3.2.4. Efectos jurídicos de la mediación.	103
3.3.Valoración doctrinal.....	105
4. Ley sobre la oferta general de mediación, 2005.	107
4.1 Estructura normativa.	108
4.2. Características del proceso de mediación.	109
4.2.1 Iniciativa de la mediación y sujetos.	109
4.2.2 Modalidades por el momento procesal.....	110
4.2.3 Confidencialidad.	110
4.2.4 Asistencia técnica.....	111
4.2.5 Efectos.....	111
4.2.6 Servicios de Mediación	113
4.2.7 Comisión deontológica	114
5. La justicia restaurativa en el ámbito penitenciario.	116
6. Recapitulación	119

CAPÍTULO III:

ANÁLISIS DE LA NORMATIVA PENAL Y PROCESAL EN ESPAÑA DESDE UNA PERSPECTIVA DE JUSTICIA RESTAURATIVA	121
1. Introducción	123
2. Previsiones normativas en la justicia de menores	126
2.1. En diligencias preliminares: art. 18 desistimiento de la incoación.	129
2.2. En la fase de instrucción: sobreseimiento por conducta positiva.	133
2.2.1. Requisitos	136
2.2.2. Efectos.....	137
2.2.3. Procedimiento de la mediación: el equipo técnico.....	137

2.3. En la fase de ejecución: principio de flexibilidad.....	141
2.4. Recapitulación.....	143
3. Previsiones en el Código Penal.....	146
3.1. Suspensión de la ejecución de la pena. Art. 84.1 tras la LO 1/2015.....	147
3.2. Libertad condicional.....	150
3.3. Las infracciones no perseguibles de oficio y el perdón de la persona ofendida.....	154
3.4. Trabajos en beneficio de la comunidad.....	155
3.5. Recapitulación.....	156
4. El nuevo Estatuto de la víctima del delito.....	158
4.1. Los servicios de justicia restaurativa: art. 15.....	160
4.2. Requisitos.....	163
4.2.1. Principio de voluntariedad.....	163
4.2.2. Requisito de previo reconocimiento de los hechos.....	163
4.2.3. Clases de delito que admiten la reparación.....	164
4.2.4. El límite del peligro de victimación.....	164
4.3. Oficinas de Asistencia a las Víctimas.....	164
4.4. Recapitulación.....	165
5. Normativa procesal.....	167
5.1. Instituto de la conformidad.....	167
5.1.1. La conformidad ordinaria.....	169
5.1.2. Conformidad consensuada.....	169
5.1.3. La conformidad premiada.....	170
5.2. Principio de oportunidad en delitos leves. Reciente reforma...	172
5.3. Anteproyecto de LECrim 2011.....	178
5.3.1. La mediación penal.....	179
5.3.2. La terminación por oportunidad: archivo y suspensión condicional del proceso.....	185
5.3.3. La terminación por conformidad.....	192
5.4. Anteproyecto o Propuesta articulada de reforma de LECrím 2012.....	193

5.4.1. La mediación penal	194
5.4.2. Sobreseimiento por razón de oportunidad: archivo y suspensión condicional del proceso.	200
5.4.3. La conformidad en relación con la mediación penal.....	203
5.5. Recapitulación.....	206
6. Previsiones normativas en el ámbito penitenciario	208

CAPÍTULO IV:

ATENUANTES POST DELICTIVAS COMO MARCO SUSCEPTIBLE DE UNA PERSPECTIVA RESTAURATIVA.	213
1. Introducción.	215
2. Atenuante de Confesión	222
2.1. Requisitos.....	224
2.2. Fundamento.....	225
2.3. Elemento temporal y espontaneidad.....	227
2.3.1. Supuestos de confesión tardía y atenuante analógica. Conclusión sobre su fundamento	228
2.3.2. Espontaneidad y la evidencia de la identidad del autor ...	230
3. Atenuante de Reparación del Daño	233
3.1. Requisitos.....	236
3.2. Fundamento.....	240
3.3. Reparación a la víctima y tipo de delitos	243
3.4. Clases de reparación por su intensidad.	244
3.5. Mediación y justicia restaurativa	248
3.6. Propuestas de regulación de atenuante específica.....	259
4. Atenuación para las personas jurídicas. art. 31 <i>quáter</i>.....	261
5. Otras previsiones sobre actos positivos postdelictivos.	265
6. Recapitulación.....	269

CONCLUSIONES	273
ABREVIATURAS	281
BIBLIOGRAFÍA	283
ANEXO; NORMATIVA BELGA SOBRE JUSTICIA RESTAURATIVA	301
JURISPRUDENCIA CITADA	323

INTRODUCCIÓN

Objeto de la investigación

El título del presente trabajo requiere varias explicaciones en cuanto al significado de sus términos y en cuanto al planteamiento del que surge esta investigación. En primer lugar, la aclaración sobre lo que se entiende por justicia restaurativa, en segundo lugar, qué significa considerarla como un principio o criterio orientador del sistema penal, y, en tercer lugar, en qué bases se asienta su adjetivación como "principio emergente" que pretende indicar una posición o influencia creciente o en expansión.

En cuanto al subtítulo, se anuncia el objeto del análisis en su perspectiva jurídica, indicando que se trata de una investigación jurídica, en la que se analizan normas jurídicas de distinto origen y de distinto rango y proyección con el objetivo de examinar hasta qué punto se conectan con lo que podrían llamarse criterios de justicia restaurativa. De ahí que sintéticamente el subtítulo se refiera a previsiones normativas "explícitas", que en nuestro ordenamiento jurídico son las menos; "implícitas", que pueden ser algunas más pero también "equívocas", que serían aquellas que, si bien pueden conciliarse con criterios restaurativos, han sido diseñadas con otros distintos que pueden resultar opuestos o incompatibles con criterios de justicia restaurativa.

La hipótesis de partida de este trabajo pretende asimismo reflejarse en el título: las definiciones y las prácticas de la denominada justicia restaurativa en la actualidad comparten unos rasgos comunes que convergerían en un principio o criterio informador de las decisiones sobre la respuesta penal al delito, como criterio transversal que puede operar en los distintos estadios de la intervención penal: el principio de reconocimiento del carácter valioso de la participación del infractor en la reparación voluntaria del daño derivado de su anterior conducta, y que como principio aspira a informar las decisiones del legislador penal y la interpretación de las normas correspondientes.

Puesto que la reparación, en el sentido de participación en la asunción de la responsabilidad y sus consecuencias, puede adoptar formas diversas, la incidencia en la respuesta punitiva será de distinto grado según en cada

caso la gravedad del delito y la importancia del esfuerzo reparador. No se trataría por lo tanto de un “modelo alternativo” al modelo de derecho penal público vigente, sino un principio que puede operar de forma similar a otros que inspiran el sentido y fin de la intervención del derecho penal¹. Podría aducirse que tal pretendido principio no es ajeno ni extraño para el derecho penal que conocemos, teniendo en cuenta que tradicionalmente se han previsto efectos premiales para determinadas conductas de desistimiento y de arrepentimiento activo, y con carácter general se ha contemplado como atenuante el “arrepentimiento espontáneo”, versión anterior de las actuales atenuantes de confesión y de reparación del daño.

No se puede negar que tales figuras vienen contemplándose en las leyes penales. Ahora bien, en el caso de las figuras premiales o “exenciones de pena” (como el desistimiento en la rebelión, regularización fiscal en delitos contra las haciendas públicas, entre otros supuestos similares) su fundamento descansaría, según la opinión mayoritaria, en razones de política criminal, conveniencia, pragmatismo, pero no de un principio general que permitiera demandar la extensión del mismo trato “premial” a otros supuestos de conducta positiva igualmente relevante. En relación a las atenuantes genéricas de conducta positivas post delito, no hay duda de que su fundamento puede aproximarse a ese principio “restaurativo”, pero puede avanzarse que su concreta formulación legal solo permite constatar la “cercanía” y no la identificación con lo que podría caracterizar el principio restaurativo.

Objeto de la presente investigación es por ello en primer lugar el examen y contraste de las posiciones que pretenden definir la justicia restaurativa, con la finalidad de poder verificar la referida hipótesis de partida: si resulta plausible identificar un criterio común a las diversas propuestas de caracterización de la justicia restaurativa, atendiendo a las posiciones más significativas. Por un lado, acudiendo a la literatura de ámbito anglosajón o publicada en inglés, y por otro, acudiendo a la doctrina de nuestro país, que en buena medida recoge las formulaciones de países próximos y en particular las de ámbito germano.

¹ Así lo proclama ROXIN, *Pena y Reparación*, p. 15, también BARONA VILAR, *Mediación penal, fundamento*.

En segundo lugar, es objeto de un particular análisis la normativa belga por tratarse de un modelo pionero. Si bien los primeros proyectos piloto surgen en la década de los 80, tanto con menores como adultos, gracias al éxito de estas prácticas restaurativas su uso se ha institucionalizado y en la actualidad, Bélgica cuenta con un marco legal consolidado². Por ello nos puede servir como un modelo de referencia para la valoración de la normativa española.

En tercer lugar, y en consonancia con lo que se va exponiendo, también es objeto del presente estudio analizar la recepción del principio restaurativo en la legislación penal española, más concretamente en qué medida contamos ya con previsiones que se acomodan a las recomendaciones internacionales o al derecho de la Unión Europea que así lo imponen. La muy reciente promulgación del Estatuto de la Víctima del Delito por la LO 4/2015 de 27 de abril, permite abordar por primera vez un instrumento de particular interés para este estudio. Por más que su inspiración sea predominantemente victimológica, en su art. 15 encontramos por primera vez una titulación que utiliza la denominación de “justicia restaurativa”, concretamente “Servicios de justicia restaurativa”. En el análisis de las normas que regulen situaciones o herramientas susceptibles de encuadrarse en el principio restaurativo se examinarán las previsiones del derecho penal de menores, donde el principio de oportunidad y el instituto de la mediación constituyen ejes importantes del sistema, y al derecho penal y procesal de adultos. Se abordan también dos textos prenormativos, los Anteproyectos de Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011 y 2012, porque en ellos se contenían regulaciones específicas de procedimientos de mediación que parecen constituir un avance sobre alguna reforma de futuro.

La diversidad de supuestos normativos que pueden considerarse susceptibles de ser explicados desde parámetros de justicia restaurativa obliga a un análisis de distintas figuras y de examen de contrastes. Contrastes que aparecen especialmente al observar la evolución de la interpretación doctrinal y jurisprudencial del sentido de algunas figuras conformadas de acuerdo con otros cánones normativas valorativos. En el estudio más detenido que se ofrece

2 VAN CAMP, *Victims of violence*, pp. 50 y ss.

de las atenuantes de confesión y de reparación del art. 21 CP, estos contrastes se muestran claramente perceptibles en la jurisprudencia reciente.

Orden de exposición

Se ha dividido el estudio en cuatro capítulos que asimismo podrían ser diferenciados en su conjunto en dos grandes partes. En la primera, se abordan las clarificaciones sobre el concepto de justicia restaurativa o paradigma restaurativo, en el Capítulo I, y también la exposición de las declaraciones, recomendaciones o propuestas internacionales, de *soft law*, pero también la referencia a normativa europea vinculante. El Capítulo II se dedica a la exposición y explicación del sistema belga en materia de previsiones sobre la reparación y mediación, por ser el país pionero en estas prácticas y en su recogida explícita en sus leyes penales, en particular procesales. Los elementos de reflexión que ambos capítulos de esta primera parte, nos encaminan a los dos capítulos siguientes donde se afronta el seguimiento de las previsiones procesales y penales que pueden situarse en el amplio campo de la justicia restaurativa.

En el Capítulo I se inicia con una referencia breve al contexto de los movimientos críticos con el funcionamiento de la justicia penal en los años 80, y las propuestas alternativas al sistema, junto con la reclamación de la orientación a la víctima, y del abolicionismo. A continuación, se pretende en tres apartados aproximarse a la delimitación del concepto o de los rasgos de la justicia restaurativa.

La apelación a la justicia restaurativa no remite fácilmente a un concepto claro porque las definiciones provienen de distintas tradiciones jurídicas y culturales, responden en muchos casos a concretas experiencias prácticas, y a la vez las distintas corrientes evolucionan en sus explicaciones teóricas y en su praxis. En cuanto al propio término de la "justicia restaurativa" son múltiples las aproximaciones que encontramos en la literatura académica, en gran medida en publicaciones multidisciplinares socio-jurídicas, aunque también comienza a utilizarse este término en documentos internacionales, como señala MARTINEZ ESCAMILLA, "Bajo la denominación de justicia restaurativa han encontrado

cabida múltiples inquietudes de carácter muy diverso, lo que hace que no estemos ante un movimiento bien definido en sus contornos y contenido”³. Por un lado, la orientación “restaurativa” surge de la denuncia del abandono de la víctima en el sistema penal, en lo que se conoce como movimiento de “recuperación” de la víctima o de devolución del conflicto a la víctima. Más allá del reclamo de la debida reparación económica, la orientación hacia la “reparación” incluye la comunicación entre el autor y la víctima. La mediación o los acuerdos de conciliación se identifican como característicos del “modelo” reparador, que también se denomina indistintamente modelo restaurativo.

Los inicios de la emergencia del “paradigma reparador” al inicio de los años 90 en Europa fueron marcados por una importante controversia, que plasma con claridad el artículo de ZEDNER cuyo título interrogaba la compatibilidad de la retribución con la reparación⁴. Su conclusión ya anticipaba la compatibilidad, que años después vuelve a glosar VONG HIRSCH en su artículo “*Restorative justice and criminal justice: competing or reconcilable paradigms?*”⁵.

Desde el lado continental, debe reseñarse por un lado la aportación de un grupo belga de profesores agrupados fundamentalmente en la universidad de Lovaina que desde los años 80 trabajan en el desarrollo conceptual de la idea penal de reparación que conduce progresivamente a situar en su universidad centros de especialización e investigación en justicia restaurativa. Una dedicación a la búsqueda de mecanismos humanizadores del derecho penal que tiene su reflejo en el propio sistema penal belga que puede considerarse pionero en la promulgación en 1994 de la ley específica de Mediación penal. En ese clima de estudio y de praxis, la reflexión se concentra en la construcción de unos principios coherentes con el propio tiempo de finales del siglo XXI y su complejidad, y se muestran en la obra de WALGRAVE con una pretensión de fundamentación en la propia exigencia de respeto a la dignidad humana que se corresponde con la necesidad de no impedir al infractor de la ley, la posibilidad de su propia “rectificación” mediante un comportamiento reparador. La propuesta de

3 MARTINEZ ESCAMILLA, *justicia reparadora*, p. 466

4 ZEDNER, *Reparation and Retribution*

5 VON HIRSCH, *Restorative justice*

WALGRAVE como exponente de la corriente "maximalista", y asentada en esa premisa de la democracia y de la imagen del ciudadano que sobre todos se proyecta, va a facilitar la aproximación al entendimiento de la "justicia reparadora" propugnada en el área centroeuropea alemana y su zona de influencia cultural.

Efectivamente a los inicios de los años 90, dieciocho profesores de distintas universidades alemanas, austriacas y suizas, elaboran y publican un documento titulado "Proyecto alternativo de reparación"⁶ cuya influencia va dejarse notar en las reformas de las leyes penales de aquellos países, pero también en el área de influencia académica entre ellos en las universidades españolas. En esta zona europea la "reparación" se presenta como una tercera vía, que debe caminar junto a las tradicionales, pero ocupando el mayor espacio que sea pertinente. Se quiere resaltar en este capítulo cómo la diferencia de discursos en cuanto a la tematización del fundamento penal de la "reparación" no obsta la percepción de la equivalencia de las explicaciones sobre este instituto. El acento en las explicaciones de la congruencia de la reparación con los fines de la pena estatal (ROXIN), y en particular con la finalidad de prevención general positiva o integradora, gira en definitiva sobre una base comunicativa en el entendimiento de la justicia, donde las explicaciones convergen. Se da cuenta así de la creciente consistencia de la orientación hacia la justicia que fomenta la "reparación" en sentido amplio.

En el Capítulo I se recoge también una visión panorámica que da cuenta de la evolución de las propuestas de organismos internacionales o supranacionales en la formulación de la orientación reparadora-restaurativa. Con este apartado se quiere constatar la consistencia de la evolución ascendente de la aceptación de los procedimientos reparadores en el sistema penal. Es decir, se constata la emergencia, en el sentido de que cobra visibilidad y se aumenta el consenso sobre su relevancia en el entendimiento de la justicia penal, más concretamente en cuanto a la forma de elaborar la respuesta al delito. Emerge efectivamente mirando hacia la víctima, frente a la praxis de un sistema penal centrado en la respuesta punitiva y apenas atento al aseguramiento de los derechos a ser indemnizado de las víctimas y a otras necesidades de información y atención cuya satisfacción quedaba fuera de un sistema de justicia dirigido al interés

6 *Alternativ Entwurf Wiedergutmahung*, Beck, München 1992.

general de la prevención de los delitos y diseñado conforme a las garantías procesales del acusado frente al poder punitivo del Estado.

Las críticas a un modelo de justicia restaurativa manifiestan el temor a su incompatibilidad con un derecho penal de corte garantista, construido trabajosamente sobre un cúmulo de principios dirigidos a controlar y limitar el poder punitivo a la vez que se le cedía al Estado (legislativo, judicial, ejecutivo) el monopolio en este sector del ordenamiento jurídico⁷. No obstante, como señala BARONA VILAR, la tendencia a la progresiva aceptación de la mediación penal para adultos es imparable en España, y según da cuenta en general en Europa⁸. Aun cuando esto no significa que sustituye al derecho penal garantista que debe permanecer en su función de tutela de la presunción de inocencia y demás garantías procesales consustanciales a un estado de derecho constitucional.

El Capítulo II se dedica a la presentación y valoración de las previsiones de la normativa belga en materia de mediación y reparación. La atención dedicada a esta regulación se debe en primer lugar a que su ordenamiento jurídico ofrece una cierta sistematización en su regulación que data ya de hace 20 años para el derecho penal de adultos, por lo que permite una evaluación más completa que en otros países. Y por ello resultaba una referencia interesante para poder comparar con la regulación española actual

Por otro lado, mis inicios en la presente investigación tuvieron lugar en Bélgica, primero en Bruselas y luego en Lovaina, disfrutando de mi etapa de becario de investigación del departamento de derecho público de esta universidad. En 2010 perteneciente a la *Université Libre de Bruxelles* (Universidad Libre de Bruselas), el *Centre de Recherches criminologiques* (Centro de investigaciones Criminológicas) siendo el investigador responsable el prof. Philippe Mary y posteriormente en Lovaina con el prof. Ivo Aertsen del *Leuven Institute of Criminology* (LINK) (Instituto de Criminología de Lovaina) de la Universidad K.U Leuven. En dicha Universidad,

7 Las jornadas celebradas en 2005 por la Asociación de derecho penal en Cáceres, dan cuenta de la crítica a las nuevas corrientes a ello me referiré más adelante. Vid. VALEIJE ALVAREZ, *Las víctimas y las tensiones que genera su intervención*.

8 BARONA VILAR, *La Mediación penal para adultos passim*.

es profesor emerito WALGRAVE, quien en la actualidad patrocina la línea más convincente a mi juicio de fundamentación de un sistema que conviva con el derecho penal contemporáneo pero que abra camino en un equilibrio con los esquemas superados.

Los Capítulos III y IV constituyen el objeto de examen a confrontar con los parámetros de definición de la justicia restaurativa y con la regulación belga, a fin de establecer las comparaciones y poder establecer conclusiones sobre la posibilidad de que la normativa actual permita dar acogida a un desarrollo de programas de mediación, o simplemente de incorporación a quien infringe la ley de oportunidades de situarse en una posición activa si le conviene, quiere, y procede. El paso siguiente debiera ser el de asegurar no sólo las garantías para un uso no torticero de los principios del modelo restaurativo, sino también para asegurar la previsibilidad de los efectos y las bases comunes de una forma colaborativa de hacer justicia cuando ello sea procedente para todos los implicados.

Para terminar, quiero dejar constancia de las experiencias que me han llevado a decantarme por el tema elegido. La realización del *Master of Laws in Human Rights* (Master jurídico en Derechos Humanos) en el *Transitional Justice Institute* (Instituto de Justicia Transicional) de la *Ulster University* en 2006, me permitió acercarme a una forma diferente de abordar la justicia penal: la justicia transicional. A pesar de que su ámbito de aplicación no sea el mismo que el de la justicia restaurativa, sí comparten principios y fundamentos.

Posteriormente, la realización del Master en Resolución de Conflictos y Mediación de la Universidad del País Vasco en 2011, me habilitó para ejercer como mediadora en asuntos penales, no sólo durante el periodo de prácticas, sino también para ejercer durante un año, 2011, en el Servicio de Mediación Intrajudicial de Bizkaia. Anteriormente, ya había tenido una experiencia previa como mediadora voluntaria de tres meses en 2005 gracias a una beca del Gobierno Vasco, en Venezuela en una de las llamadas "Defensoría Comunitaria"; instancia de carácter obligatorio con responsabilidad en la defensa de los derechos de los menores mediante técnicas de resolución de conflictos. Estas experiencias prácticas me permitieron aproximarme al impacto y potencial de los procesos restaurativos y convencerme de su interés como objeto de estudio.

CAPITULO I:

**ORIENTACIONES DE LA JUSTICIA
RESTAURATIVA**

1. Introducción

Es común apuntar que el término Justicia Restaurativa se utiliza desde 1997 a partir de un artículo de ALBERT EGLASH⁹, en el que este establecía tres modelos de derecho penal en función de sus fines básicos: El modelo de justicia retributiva, basado en el castigo; el modelo de justicia distributiva, basado en el tratamiento terapéutico de los infractores; y el modelo de justicia restaurativa, basado en la reparación¹⁰. A partir de esta división en la que la justicia restaurativa es nombrada como un tercer modelo esta denominación ha ido asentándose en la literatura jurídica, así como en los documentos y recomendaciones internacionales.

Si bien en el ámbito anglosajón se puede decir que el término está aceptado y es de uso común, en castellano todavía hay vacilaciones respecto a su traducción. Ha sido traducido como, "justicia restaurativa", "justicia restauradora", e incluso como "justicia reparadora". En el presente trabajo, se ha optado por el término "justicia restaurativa" por ser el que cuenta con mayor aceptación¹¹.

La Justicia Restaurativa denuncia el enfoque formalista del derecho penal contemporáneo, en tanto que se trata de un sistema altamente burocratizado y abstracto en el que las personas implicadas permanecen completamente al margen del proceso. Se denuncia que la víctima del delito es tratada como mero "activador" de la respuesta punitiva, pero situada en una posición secundaria. Por otro lado, subraya que, si bien se imputa al autor la responsabilidad de los hechos cometidos, no se le brinda la oportunidad de tomar conciencia de su repercusión¹².

9 Vid. EGLASH, *Beyond Restitution*

10 VAN NESS/STRONG, *Restoring justice*, apuntan que el término es anterior ya que EGLASH publicó artículos anteriores en 1958 y 1959 en el que ya desarrollaba la idea de creación reparadora.

11 Un ejemplo claro que demuestra que el término justicia restaurativa se ha ido consolidando es, como se verá en el Capítulo III, que el art. 15 del EVD se titula "Servicios de justicia restaurativas". De esta manera el término se integra en el ordenamiento jurídico.

12 Vid. REGGIO, *Giustizia Dialogica*.

A pesar de que, como veremos más detalladamente, no existe una definición comúnmente aceptada del término, desde los años 70 son numerosas las prácticas surgidas en muchos países que se autodefinen como restaurativas. Dichas prácticas, comparten algunos elementos: la atención a las consecuencias concretas del delito, la participación activa de las personas implicadas en la búsqueda de posibles soluciones y la adopción de una vía alternativa al proceso penal tradicional para solucionar el conflicto¹³.

Si bien en un principio las prácticas restaurativas estaban orientadas hacia pequeños delitos y hacia delitos con implicación de menores, en la actualidad, la orientación restaurativa engloba en algunos países, la atención a los delitos más graves contra la vida o la integridad física. Incluso se habla de prácticas restaurativas en contextos transicionales¹⁴.

El objetivo del presente capítulo es tratar de sentar las bases para la comprensión del término justicia restaurativa. En primer lugar, abordaremos las orientaciones más influyentes que han dado lugar a este “movimiento” como son el abolicionismo, la victimología y el comunitarismo. Posteriormente, nos centraremos en los documentos y recomendaciones internacionales más relevantes para pasar a analizar las características básicas de la justicia restaurativa. Por último, estudiaremos los modelos teóricos actuales más importantes, el maximalismo y el minimalismo, así como las principales herramientas de la justicia restaurativa, la mediación, las conferencias y los círculos.

13 REGGIO, *Giustizia Dialogica*, passim.

14 Vid. ERIKSON, Ana, *Justice in transition*, que aborda la justicia restaurativa comunitaria en Irlanda del Norte.

2. Orientaciones influyentes

El origen teórico de la justicia restaurativa en su forma más moderna, surge desde la crítica a la justicia tradicional. Dicha crítica, basada en diferentes posicionamientos, es la que ha ido creando las bases para la fundamentación teórica actual de la justicia restaurativa.

Entre las posiciones que más han influido en el desarrollo de la reparación y en la conformación actual de la justicia restaurativa se encuentran el Abolicionismo, la Victimología y el Comunitarismo, cuyas aportaciones se han ido entrelazando y enriqueciendo. A continuación, analizaremos de manera sucinta los rasgos de estas corrientes que todavía forman parte de las teorías de la justicia restaurativa.

2.1. Abolicionismo

Como es sabido, el movimiento abolicionista ponía su acento no en el objetivo de mejorar el sistema penal sino en su abolición progresiva, con el correlativo desplazamiento hacia otros ámbitos civiles o administrativos del tratamiento de los conflictos. Pero, sobre todo, el abolicionismo apoyaba el desarrollo de medios alternativos como la mediación y el encuentro entre autor y víctima¹⁵.

Las aportaciones del abolicionista NILS CHRISTIE tuvieron gran repercusión en el desarrollo inicial de la justicia restaurativa. La tesis de CHRISTIE es que los sistemas clásicos de resolución de conflictos "roban" el conflicto a las personas implicadas en él al imponerles una solución predeterminada, esta posición es sin duda el germen de lo que posteriormente se conocería como justicia restaurativa¹⁶.

15 HULSMAN/ BERNART DE CELIS, *Sistema penal*.

16 Vid. CHRISTIE, *Conflicts as property*.

Devolver a las partes la gestión de sus conflictos, y no despreciar lo que los conflictos pueden aportar de positivo, será otra de sus propuestas más significativas. CHRISTIE defiende que todo conflicto posibilita la participación y en muchos casos estos pueden ser una buena oportunidad para que la ciudadanía se involucre de manera activa en la sociedad. Serían también una buena ocasión para que la ciudadanía en su conjunto, pueda repensar constantemente el impacto del instrumento punitivo y su capacidad de restablecer la paz jurídica. A nivel individual, el encuentro en un espacio de mediación facilitaría la disminución de los niveles de ansiedad generados a causa del delito tanto en la víctima como en el infractor. Asimismo, facilitar el conocimiento recíproco de las partes permitiría que los estereotipos asumidos por ellas decayesen favoreciendo la aproximación de las partes y evitando que queden excesivamente ligados a sus roles.

Otros de los abolicionistas europeos históricos de la década de los años 80 son los holandeses HULSMAN y BIANCHI. BIANCHI desarrolla el modelo del *assensus*, un modelo que busca una comunicación más igualitaria entre los diferentes protagonistas del conflicto e incluso propone la recuperación de la figura del asilo del delincuente en centros como monasterios y residencias como forma de sustituir las prisiones respecto a delitos graves¹⁷. Dicho modelo entiende que la respuesta punitiva debería ser remplazada por una apelación a la reparación y a la responsabilidad y el castigo ser sustituido por la reconciliación. El modelo del *assensus* del que habla BIANCHI es por tanto muy similar a la actual definición de mediación.

En realidad, el abolicionismo no cuajó en cuanto a sus pretensiones “radicales” pero sus propuestas sobre la conciliación y la reparación son una herencia importante de aquel movimiento que unió a propuestas de ambos lados del atlántico¹⁸.

17 BIANCHI, *Abolition*.

18 BIANCHI, *Abolition*.

2.2. Victimología

Hasta muy recientemente, la víctima era considerada la “parte olvidada” del derecho penal, su centralidad en el proceso era ignorada e infravalorada¹⁹. Este es el punto de partida que motiva el surgimiento de la victimología, en la segunda mitad del siglo XX, como materia de conocimiento específico. Desde sus orígenes está concebida como la disciplina que se ocupa del estudio científico de las víctimas. Como textualmente dice TAMARIT:

Concierne pues a la victimología el estudio del modo en que una persona deviene víctima, de las diversas dimensiones de la victimación (primaria, secundaria y terciaria), y de las estrategias de prevención y reducción de la misma, así como del conjunto de respuestas sociales, jurídicas y asistenciales, tendientes a la reparación y reintegración social de la víctima²⁰.

Desde los primeros estudios en los años 40 realizados por Mendelson y Von Henting, se ha ido prestando mayor atención a los problemas psicológicos, procesales y sociales a los que deben enfrentarse las víctimas.

DIGNAN señala algunos de los factores que han contribuido a una mayor visualización de las víctimas, y a las diversas reformas legislativas que han reforzado la posición de la víctima, así como el acceso a servicios adecuados. En primer lugar, los medios de comunicación habrían jugado un rol importante, al trasladar ante la opinión pública las demandas de las víctimas y familiares sobre todo en relación a crímenes que por su gravedad han obtenido gran repercusión. Durante la década de los 60 y 70 pudo constatarse una mayor concienciación sobre las necesidades de grupos “vulnerables”²¹. A este respecto, las investigaciones feministas y el movimiento feminista en general, se señalan como elementos de especial importancia, en particular para trasladar la voz de las mujeres víctimas de violencia de género. Una vez abierta la influencia de los medios de comunicación en la opinión pública, también los niños y niñas víctimas de abusos han recibido una atención especial.

19 Vid. WALKLATE, *Handbook*.

20 TAMARIT SUMALLA, *La victimología*, p. 17

21 DIGNAN, *Understanding*

En el ámbito de la violencia política, asesinatos políticos, actos de terrorismo contra el estado o terrorismo de estado, crímenes clandestinos llevados a cabo por agencias estatales o agencias de espionaje han recibido atención creciente por parte de los medios de comunicación centrándose especialmente en el impacto a las víctimas. A ello se debe sumar la visualización de las víctimas de los crímenes terribles fruto de tensiones étnicas o intercomunitarias, en algún caso con tintes de crímenes contra la humanidad.

Por otro lado, las encuestas de victimización, de la mano de la criminología, han venido facilitando un conocimiento más preciso de las tasas de criminalidad. Comenzando por Estados Unidos, continuaron en Canadá, Inglaterra, Gales, Escocia, Australia, Países Bajos y Suiza para posteriormente realizar encuestas a nivel internacional. Con posterioridad, desde la criminología se han realizado numerosos estudios en donde se ha reconocido el papel de las víctimas ²².

A nivel internacional, en cuanto a repercusiones en el ámbito penal, el punto de partida de un mayor interés por las víctimas podría situarse claramente en los 80, cuando se empezó a hablar de la vuelta a la reparación del derecho penal. El primer encuentro internacional centrado especialmente en las víctimas fue el primer simposio Internacional de Víctimología que tuvo lugar en Israel en 1973. A raíz de ese simposio, surgió en 1979 la *World Society of Victimology*²³. Desde entonces diversas instituciones internacionales se han sumado a la preocupación por la atención a las víctimas. Como ejemplo, el Convenio europeo sobre indemnización a las víctimas de delitos violentos²⁴ de 1983 aprobado por el Consejo de Europa; o la Declaración de Principios de Justicia Básicos para las Víctimas de delito y abuso de poder adoptada el 29 de noviembre de 1985 por La Asamblea General de Naciones Unidas²⁵. Esta última declaración, subraya

22 GARCÍA ESPAÑA/DIEZ RIPOLLÉS/PÉREZ JIMENEZ/BENÍTEZ JIMÉNEZ/CEREZO DOMINGUEZ, *encuesta de victimización*.

23 Véase World Society of Victimology www.worldsocietyofvictimology.org.

24 Convenio Europeo sobre indemnización a las víctimas de delitos violentos, 24 de noviembre de 1983

25 NACIONES UNIDAS, *Principios fundamentales*

la dignidad de toda persona como raíz de la convicción de que toda víctima debe ser tratada con compasión y respeto. Toda víctima, tiene derecho a una diligente compensación por el daño sufrido, a través del acceso al sistema de justicia penal y a los servicios de asistencia para su recuperación²⁶.

La justicia restaurativa comparte con la victimología la idea de que las víctimas deben tener un lugar central en el proceso y el enfoque de atención sobre las necesidades de la víctima.

2.3. Comunitarismo

La última de las corrientes fundacionales a las que aludiremos será el Comunitarismo. El comunitarismo se entiende como una reacción a la fragmentación de las sociedades posmodernas occidentales donde el individuo ha perdido sus lazos de relación familiar de afecto y de vecindad que llevan a una posición de mayor soledad. Recuperar la comunidad como fuente informal de apoyo y control, constituye el emblema de esta orientación.

Las pautas de la justicia restaurativa encajan a la perfección en las pautas del comunitarismo. No en vano, se cita a menudo que las prácticas de la justicia restaurativa tienen sus antecedentes en la premodernidad. Así, ETZIONI, una de las figuras más conocidas del comunitarismo sociológico, defiende la comunidad como fuente informal de apoyo y control²⁷. Partiendo de esta misma idea, defensores de la justicia restaurativa sostienen que, por un lado, las comunidades son los lugares en los que se desarrollan los procesos restaurativos, y, por otro lado, se asume que el proceso restaurativo refuerza los lazos comunitarios. Como dice WALGRAVE, las comunidades se convierten al mismo tiempo en instrumento y objetivo de la justicia restaurativa²⁸.

26 NACIONES UNIDAS, *Handbook on justice*

27 Vid. ETZIONI, *Communitarian Reader*

28 WALGRAVE, *Restorative Justice*, p. 15.

El criminólogo australiano, BRAITHWAITE, uno de los teóricos más representativos de la justicia restaurativa publicó en 1989 su influyente libro "*Crime, shame and reintegration*", obra de referencia de la criminología. La tesis fundamental de este texto es que las sociedades con menor tasa de criminalidad son las que conservan mayor capacidad de comunicar un mensaje de reprobación que incluya la capacidad de hacer avergonzarse al infractor, lo que sintéticamente podríamos llamar "sentimiento de vergüenza" (*shaming*)²⁹. Sin embargo, BRAITHWAITE considera esencial la siguiente puntualización: dicha humillación puede ser "reintegradora" o bien "desintegradora" es decir estigmatizante³⁰. En el "Modelo Reintegrador", la comunidad expresa su desaprobación, pero termina por reaceptar al infractor, es decir por reintegrarle ya que considera que sigue siendo miembro de la comunidad. Para que esto suceda, es esencial que la reprobación o "reprimenda" provenga de personas próximas al autor, personas a las que éste respete, o con las que se encuentre ligado afectivamente o por intereses comunitarios. La reprobación en este caso, despliega un efecto avergonzante de calado personal, que es lo que favorecerá que el infractor actúe en aras de recuperar la confianza de su grupo y de compensar el dolor o el daño causado. Sin embargo, cuando la reprobación emana de una institución externa compuesta por personas desconocidas para el autor, la dinámica comunicativa no alcanzará ese calado personal afectivo y será más difícil que se logren los efectos deseados por el modelo reintegrador. Importa subrayar que a diferencia de lo que ocurre en el caso de aplicar una pena estigmatizante en la que los lazos afectivos terminan por romperse, el sentimiento de vergüenza reintegrador, por el contrario, servirá para reforzar los lazos de unión. En el lado de la víctima, también se podrán percibir claramente los beneficios, ya que el hecho de que el infractor lamente el daño causado, permite que la víctima sienta que su daño se ha tomado en serio.

Una de las críticas fundamentales que se podría objetar a esta corriente es que presenta fricciones con la realidad de la vida cotidiana de las grandes urbes, así como con un derecho penal con un elenco de infracciones que en gran número de casos poco tiene que ver con las relaciones personales (por ejemplo, en delitos fiscales, la corrupción, delitos medioambientales...).

29 BRAITHWAITE, *reintegration*, p.55.

30 BRAITHWAITE, *reintegration*, p.55.

En el marco teórico comunitario, la justicia restaurativa ha estado fuertemente ligada a orientaciones religiosas que se han proyectado en algunos programas de justicia restaurativa. Así suele reconocerse en relación al Programa de Reconciliación Víctima/Delincuente (VORP) de Kitchener, Ontario, reconocido como el precursor de los programas de encuentro víctima autor³¹.

Como se reitera en la literatura sobre la justicia restaurativa, este programa tiene su origen cuando Mark Yantzi, agente en la oficina de libertad vigilada (*probation office*), de confesión menonita, propuso en 1974 al juez Gordon McConnel que dos jóvenes acusados de haber cometido numerosos actos vandálicos durante una noche se encontrasen cara a cara con las víctimas, por el valor terapéutico del encuentro. Tras esa primera experiencia, el Comité Central Menonita (MCC), iglesia inspirada por el principio de la no violencia y la vida comunitaria, continuó experimentando con algunos casos hasta que en 1975 impulsaron el Proyecto de Reconciliación Víctima/autor³².

ZEHR, también menonita, está considerado uno de los pioneros de la justicia restaurativa. En su obra fundamental "*Changing Lenses*" realiza constantes referencias a conceptos espirituales e incluso dedica un capítulo dedicado a la justicia pactada como "Alternativa Bíblica"³³.

Por último, también dentro de esta corriente comunitaria, hay que situar a quienes abogan por modelos de resolución de conflictos inspirados por métodos tradicionales como aquellos de los tradicionales Maories de Nueva Zelanda³⁴.

31 De forma paralela en Alemania se desarrolla los programas TOA (*Täter Opfer Ausgleich*) de conciliación víctima autor a lo largo de los años 80. Cumplida información al respecto en PEREZ SANZBERRO, *Reparación y Conciliación*.

32 PEACHEY, *The Kitchener experiment*, p. 180 y ss.

33 ZEHR, *Changing Lenses*, pp. 126 y ss. Vid. MACKAY, *legal and religious anthropology*.

34 Vid. MORRIS/MAXWELL, *Restorative justice in New Zealand*, 1998.

3. Herramientas tradicionales de la justicia restaurativa

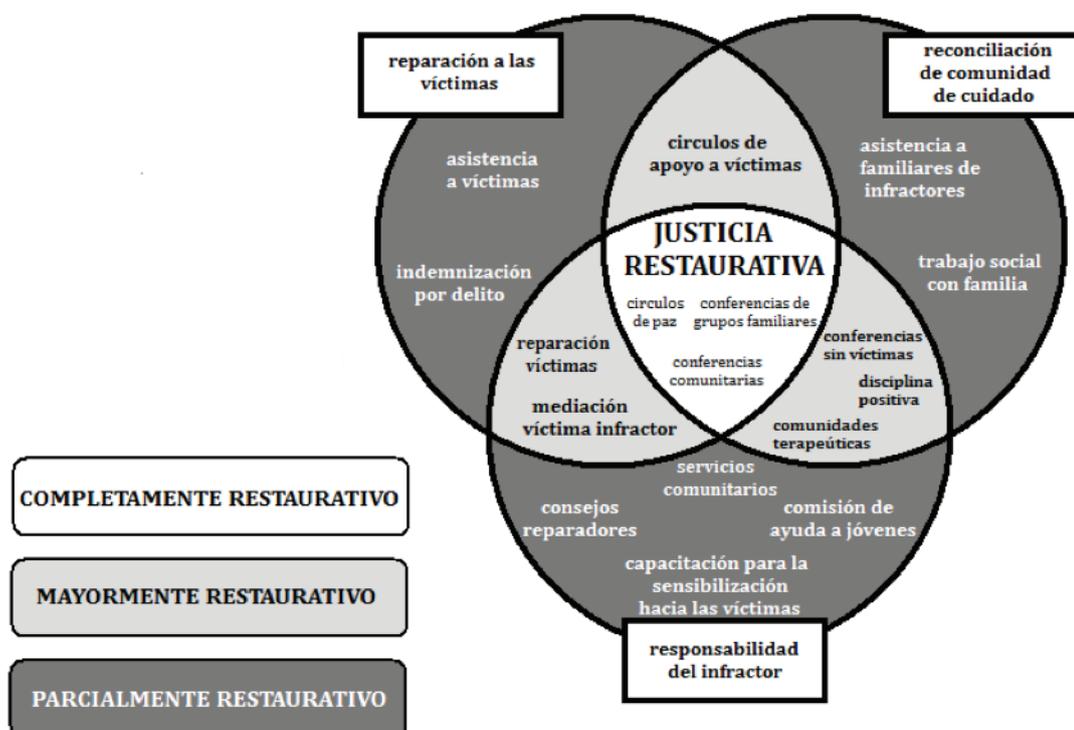
La praxis de la justicia restaurativa ofrece gran variedad de manifestaciones aún dentro de una misma filosofía común. Podemos encontrar múltiples modalidades dependiendo del procedimiento y su alcance en cuanto a personas implicadas y personas o grupos sobre los que quiere incidir. Sin embargo, algunas formas pueden ser consideradas más restaurativas que otras e incluso ciertas expresiones pueden quedar fuera de las clasificaciones hechas por distintos autores. Todo dependerá en gran medida de la definición adoptada y del marco teórico elegido.

Una de las clasificaciones más reconocidas sobre los modelos y grados de justicia restaurativa y que se muestra a continuación, es la realizada por McCOLD y WACHTEL. Presentan tres modelos básicos en función de que las prácticas integren los tres factores siguientes o sólo uno o dos de ellos: reparación de las víctimas, responsabilización del infractor y reconciliación comunitaria. Así diferencian por un lado las prácticas “completamente restaurativas” (como las conferencias comunitarias o las conferencias de grupos familiares) porque atienden efectivamente a los tres factores antes mencionados. Las “prácticas mayormente restaurativas” (como serían los círculos de apoyo a las víctimas o las comunidades terapéuticas) que atiende solamente a dos de los factores mencionados y, por último, las “prácticas parcialmente restaurativas” (como serían los servicios comunitarios o los servicios de atención a las víctimas) que atenderán en este caso únicamente a uno de los factores³⁵. En cualquier caso, tal y como señala WALGRAVE, a pesar de que esta clasificación puede ser de utilidad, no se debe asumir de una manera estricta ya que en las tres tipologías mencionadas podemos encontrar una gran diversidad de prácticas y no todas respetan de la misma manera los requisitos básicos de la justicia restaurativa³⁶.

35 McCOLD/WACHTEL, *Restorative justice*, p.116.

36 Vid. WALGRAVE, *Restorative Justice*.

Gráfico 1: Modelo de prácticas restaurativas.



Fuente: McCOLD/WATCHEL, *Restorative justice*, p.116.

A continuación, analizaremos brevemente los elementos clave de la mediación, las conferencias y los círculos ya que son estas tres prácticas las más frecuentemente utilizadas y sobre las que encontramos un acuerdo unánime sobre su carácter restaurativo.

3.1. Mediación

La mediación es la práctica de justicia restaurativa más utilizada en Europa, la más conocida y la que más ha sido regulada tanto por instrumentos internacionales como estatales. Así, la Unión Europea ha descrito la “mediación

en causa penales” como: “La búsqueda, antes o durante el proceso penal, de una solución negociada entre la víctima y el autor de la infracción, en la que medie una persona competente”³⁷.

El Consejo de Europa por su parte lo define de la siguiente manera: “Todo proceso que permite a la víctima y al delincuente, en caso de libre consentimiento, a participar activamente en la solución de las cuestiones surgidas como consecuencia de un delito, con la ayuda imparcial de un tercero”³⁸.

Ambas definiciones evocan claramente ciertos aspectos importantes de la mediación penal: la “negociación”, proceso “activo” y “libremente consentido” por la “víctima” y por el “autor de la infracción” ante un “tercero imparcial”.

Por lo general, en las reuniones de mediación, las únicas personas presentes son la víctima, el infractor y la persona mediadora (pueden ser dos). En algunos casos, se permitirá la participación de personas de apoyo de las partes sobre todo en el caso de la mediación con menores³⁹.

A pesar de que el ideal es que se trate de una mediación directa, en ocasiones será más adecuado optar por una mediación indirecta ya que puede que las víctimas deseen participar en un proceso restaurativo, pero no deseen mantener un encuentro con el infractor o tengan miedo de aproximarse a este. En ese caso, el mediador se enfrenta a un trabajo delicado ya que será responsable de transmitir los mensajes de una y otra parte de forma precisa y con actitud constructiva. Se suele recurrir a las cartas o al uso de grabaciones sonoras o de video⁴⁰. El problema es que el nivel de empatía alcanzado mediante este método no suele ser tan elevado.

37 Decisión Marco 2001/220/AI, 2001.

38 CONSEJO DE EUROPA, Recomendación 99 (19), 1999.

39 AERTSEN/MACKAY/PELIKAN/WILLEMSES, *Rebuilding Community Connections*.

40 LIEBMANN, *Restorative Justice*.

3.2. Conferencias

Los modelos de conferencias utilizadas en la actualidad son también muy diversos, aunque con gran incidencia son menos utilizados en Europa.

Su diferencia fundamental con la mediación radica en que si bien los programas de mediación víctima-autor emergieron desde los movimientos a favor de las víctimas, el enfoque de las conferencias está más centrado en atender las necesidades de los infractores en cuanto a su integración en la comunidad. Por ello el elemento característico no es tanto la reparación del daño sino la creación de condiciones para que el infractor pueda reintegrarse en la comunidad. Sin embargo, en la actualidad las diferencias conceptuales entre la mediación y las conferencias va difuminándose y sus diferencias radican más en aspectos procedimentales⁴¹.

En las conferencias, en lugar de un mediador se contará con la figura del “facilitador” o del “coordinador”. El rol del facilitador será el de ayudar al grupo, garantizando que el proceso sea seguro para todos los participantes y que la discusión no derive en el análisis de aspectos irrelevantes. El facilitador, por tanto, tiene en principio un papel de menor injerencia que el mediador. Otra de las diferencias fundamentales es que mientras que, en la mediación, la fase preparatoria en la que se llevan a cabo las sesiones individuales con las partes, se considera de vital importancia, en las conferencias, en principio es mínima⁴².

Por último, el rol de los componentes del panel no termina con la celebración de la conferencia en sentido estricto. Su responsabilidad se prolonga ya que deberán monitorizar el comportamiento posterior del infractor y asegurarse de que cumple con las medidas rehabilitadoras o reparadoras que hayan sido acordadas⁴³. Veamos a continuación brevemente los dos modelos de conferencias más conocidos.

41 MORRIS/MAXELL, *Restorative Conferencing*.

42 VAN NESS/STRONG, *Restoring Justice*.

43 NACIONES UNIDAS, *Handbook on Restorative Justice*.

3.2.1. Conferencias víctima infractor

Las conferencias víctima infractor, también conocidas como conferencias comunitarias, son utilizadas sobre todo con menores infractores. Si bien las bases sobre las que se asientan son las mismas que las de la mediación, participan en ella un mayor número de personas: el menor y su familia y normalmente alguna persona que tenga buena relación con el infractor, como puede ser su entrenador, o un monitor de club de tiempo libre. Además, se contará con la presencia de la víctima y de un apoyo, otras personas afectadas por el delito también podrán ser invitadas a participar⁴⁴.

3.2.2. Conferencias familiares

Las conferencias familiares (*Family group conferencing FGC*), fueron reguladas con ese nombre por primera vez en 1989 en Nueva Zelanda y posteriormente, se institucionalizaron también en Australia. En la actualidad, su uso se ha extendido por numerosos países con diversas adaptaciones⁴⁵.

En este caso, también estarán presentes el infractor, su familia, y la víctima, pero además asistirán profesionales de distintas agencias u organismos que puedan estar en contacto con el infractor⁴⁶. Podrá estar presente el policía que realizó el arresto, así como otros representantes judiciales. Es asimismo común, encontrar entre los participantes a trabajadores sociales, personas que puedan aportar alguna información de utilidad, asesores jurídicos o cuidadores. Por tanto, en una conferencia típica asistirán en torno a una docena de personas, aunque cabe la posibilidad de trabajar con un mayor número de asistentes⁴⁷.

44 AERTSEN/MACKAY/PELIKAN/WILLEMSSES, *Community Connections*.

45 MACRAE/ZEHR, *The little book*

46 AERTSEN/MACKAY/PELIKAN/WILLEMSSENS, *Community Connections*.

47 MACRAE/ZEHR, *The little book*

3.3. Círculos

Denominados generalmente círculos sentenciadores o círculos de paz, son todavía más inclusivos que las conferencias. Su diferencia fundamental radica en que en el proceso estarán presentes el juez y el fiscal responsable del caso, así como el abogado defensor⁴⁸. El círculo se integra dentro del procedimiento judicial y por tanto se encuentra sujeto a las mismas garantías que cualquier otro proceso. Por ejemplo, las actuaciones son públicas y se graban, se podrá así mismo apelar la decisión adoptada⁴⁹. Al estar sus actuaciones integradas en el mismo proceso, el propio juez está presente en el desarrollo de las conversaciones y participa en la propuesta de decisión. De algún modo el círculo actúa propiamente como tribunal.

En cuanto a la forma de las actuaciones suele citarse el detalle de cómo los participantes se sientan en un círculo de sillas sin ninguna mesa de por medio para facilitar la equidad, la conexión y la inclusión de ahí el nombre del círculo. Todos tienen el mismo derecho a expresarse y la discusión va más allá del delito concreto, también incluye la propuesta de medidas preventivas. Aunque las discusiones se centran en los daños ocasionados por un delito específico, también suele hacerse referencia a delitos similares ocurridos en el pasado en la misma comunidad. Se pretende establecer las causas subyacentes del delito y la forma en la que la comunidad podría prevenir futuros delitos.

Los círculos asumen que la responsabilidad de abordar el delito y su impacto reside en la comunidad. Lo que significa que quien ha cometido el delito no es el único responsable de lo sucedido. La familia y la comunidad que han permitido que tome el "camino equivocado" también comparten la responsabilidad de restaurar a la comunidad y ayudar a la sanación de la víctima⁵⁰.

48 AERTSEN/MACKAY/PELIKAN/WILLEMSSENS, *Community Connections*.

49 WILLEMSSENS, *an agenda for Europa*.

50 Vid. STRICKLAND, *Restorative Justice*

El facilitador o cuidador (*keeper*) facilita que los asistentes se sientan libres de pronunciarse honesta y libremente, sin que se produzcan faltas de respeto. Su labor se centrará en estimular la reflexión del grupo mediante preguntas y sugerencias de temas, pero no dirigirá en exceso el proceso ni sus resultados⁵¹.

Por último, conviene recordar que la finalidad de los círculos, puede ser diversa. Así VARONA MARTÍNEZ afirma lo siguiente:

entre la adopción de una reparación como base o parte de la condena (denominados sentencing circles), proporcionar apoyo a las personas victimizadas y ofensoras (healing circles), abordar los conflictos de manera preventiva (peace-making/peacebuilding circles) o prestar apoyo a personas ofensoras con riesgo de reincidencia o cuyos delitos ocasionan alarma social (support and accountability) y su fin es compatibilizar los fines de prevención especial y general de la sanción penal⁵².

51 Vid. PRANIS, *Circle Processes*.

52 VARONA MARTÍNEZ, *derecho restaurativo interdisciplinar*, p. 370.

4. Caracteres básicos de la justicia restaurativa

4.1. Definición de Justicia Restaurativa

Es difícil establecer una definición precisa sobre la justicia restaurativa ya que como veremos con mayor detalle en el siguiente apartado, son numerosas las teorías y las prácticas que abarca este modelo, y aun manteniendo rasgos comunes también presentan aspectos divergentes entre sí. Nos encontramos tanto ante un concepto como ante unas prácticas que continúan evolucionando y transformándose a través de la experiencia que va desarrollándose de forma creciente en numerosos países.

Ya señalaba acertadamente GARCÍA-PABLOS DE MOLINA que incluso intentar agrupar el innumerable y heterogéneo conjunto de procedimientos de conciliación, mediación y reparación bajo el denominador común de “modelo” o “paradigma”⁵³ podría constituir un “exceso dialéctico”. Y ello porque los plurales orígenes, metas o presupuestos teóricos parecen apuntar más que a una imagen unitaria y de clara delimitación, a un conjunto más de tipo “fragmentario” que de forma progresiva se va decantando y cristalizando⁵⁴.

Por ello no debería extrañar que en la literatura sobre esta temática nos encontremos con tantas definiciones como autores. A los efectos de este trabajo resulta imprescindible realizar una selección de autores por su influencia en la construcción de la justicia restaurativa. Entre las definiciones que se citan con más frecuencia destacan las definiciones aportadas por MARSHALL (1999), ZEHR (1990), WALGRAVE (2008) y GALAWAY y HUDSON (1996).

53 GARCÍA-PABLOS DE MOLINA en *Tratado de Criminología*, contrapone el modelo “integrador” a los modelos “disuasorio” y “resocializador” por su vocación de agrupar en la respuesta al delito una solución conciliadora del conflicto que el crimen manifiesta, la reparación del daño causado a la víctima y a la comunidad y la pacificación de las realaciones sociales. De dicho modelo afirma el autor, en términos identificativos, que está asido al “estandarte” de la “Justicia restaurativa”.

54 GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Tratado de Criminología*, p. 995.

La definición más utilizada en la literatura de la justicia restaurativa es la que ofrece MARSHALL, en ella se dice textualmente: “La justicia restaurativa es un proceso en el que las partes con implicación en un delito concreto se unen para resolver de manera conjunta cómo hacer frente a las consecuencias del delito y a sus implicaciones futuras”⁵⁵.

También constituye una referencia reiterada la propuesta por ZEHR en la que al igual que MARSHALL se subraya el carácter de la justicia restaurativa como un proceso partiendo siempre de que la comisión de un delito no sólo implica infractor y víctima; también está presente la comunidad. En sus propias palabras:

El delito es una violación de las personas y también de sus relaciones y quien comete la violación tiene la obligación de restablecer la situación anterior (make things right). La respuesta de la justicia incluye a la víctima, el infractor, la comunidad y debe tratar de buscar soluciones que promuevan la reparación, la reconciliación y el consuelo⁵⁶.

Por otro lado, WALGRAVE, acorde con su visión maximalista, que veremos a continuación, va más allá del entendimiento de la justicia restaurativa como proceso para plantear una “opción” que puede inspirar distintos programas, iniciativas y sistemas. Es decir, buscar un fundamento material común a la práctica de la justicia restaurativa. Para él la justicia restaurativa se define como: “Una opción para hacer justicia tras la comisión de un delito que está fundamentalmente orientada la reparación del daño individual, del daño relacional y del daño social causado por un delito”⁵⁷.

Es decir, descompone el efecto lesivo en tres planos que efectivamente ocurren en la realidad. Normalmente la ley sólo toma en cuenta el plano de la víctima, aunque es común también hablar del daño social simbólico, pero desde un punto de vista retórico y abstracto; lo que se excluye en la literatura jurídica es el daño relacional.

55 MARSHALL, *Restorative Justice*, p.5

56 ZEHR, *Changing Lenses*, p.181.

57 WALGRAVE, *Restorative Justice*, p. 21

La última de las definiciones a reseñar ahora es la de GALAWAY y HUDSON quienes en lugar de buscar una definición sintética optan por destacar algunos de los elementos más relevantes.

Primero, el delito se concibe sobre todo como un conflicto entre individuos, que produce daños a las víctimas, daños a las comunidades y daños a los propios infractores y sólo en segundo lugar se atiende a su carácter de agresión al estado; segundo, el objetivo primordial de un proceso penal debería ser promover la paz en las comunidades reconciliando a las partes y reparando los daños causados por el conflicto; tercero, el proceso penal debería facilitar la participación de la víctima, del infractor y de sus respectivas comunidades, con el fin de hallar soluciones al conflicto⁵⁸.

Vemos por tanto que la descripción planteada consta de tres elementos clave. El presupuesto de arranque es la conducta delictiva. El acento se desplaza a un entendimiento de la conducta delictiva que sitúa en primer lugar de importancia la relación interpersonal en la que sucede el conflicto, lo que parece subrayar un carácter cuasiprivado del conflicto. No obstante, en esta definición también se asume que dicha conducta choca contra la normativa estatal y por ello puede considerarse un conflicto público. Este segundo plano, pasaría a primer lugar si el delito no conlleva alteración personal, es decir no afecta a una víctima concreta, los delitos sin víctima.

En segundo lugar, la respuesta que debe exigirse tras la comisión de un delito debe focalizarse hacia la reparación del daño. Se trata ante todo de compensar o restituir a la víctima o a la persona que haya padecido el daño del delito. También con la referencia a la promoción de la paz en las comunidades se está teniendo en cuenta el daño social.

El tercer elemento de la descripción de GALAWAY y HUDSON se refiere a aspectos del procedimiento como característica singular de la justicia restaurativa. Un procedimiento de participación y de comunicación directa entre la víctima y el infractor, y en su caso los miembros de la comunidad, que avocará a adoptar una decisión sobre la respuesta idónea.

58 GALAWAY /HUDSON, *Restorative Justice*, p. 2

4.2. Contrastes entre los rasgos de la justicia restaurativa y la justicia retributivas.

Es común en la literatura sobre justicia restaurativa, y así fue desde sus inicios, establecer tablas comparativas entre la justicia restaurativa y la justicia penal tradicional a la que simplificando se le denomina justicia retributiva. Entre las diversas tablas presentadas, destacaremos la de ZEHR por ser la primera de estas características en ser citada y la que va a ser citada más reiteradamente desde finales de los 80. Reproduzco la tabla en la que la traducción pretende ser fiel al sentido y por tanto no puede ser literal.

Tabla 1. Diferencias entre justicia retributiva y justicia restaurativa.

Antiguo Paradigma Justicia Retributiva	Nuevo Paradigma Justicia Restaurativa
· Delito definido como una violación contra el estado.	· Delito definido como la violación de una persona por otra.
· Centrado en establecer la culpa, en el pasado (¿quién lo hizo?)	· Centrado en la resolución del problema, en la responsabilidad, en el futuro (¿qué se debe hacer?)
· Relación adversarial y proceso reglado.	· Diálogo y negociación regulada.
· Imposición del castigo como medio de reparación/pago del delito.	· La reparación a la víctima como medio para reparar ambas partes; reparación y reconciliación como objetivo.
· La justicia como resultado de la aplicación de la ley penal y el debido proceso.	· La justicia como restauración de la relación alterada por el delito: evaluada por sus resultados.
· Ocultamiento y exclusión de la faceta interpersonal del conflicto: el conflicto reducido al individuo vs. Estado.	· El delito reconocido como un conflicto interpersonal: se reconoce el valor del conflicto.

<ul style="list-style-type: none"> · El daño social del delito es reemplazado por el daño del delito. 	<ul style="list-style-type: none"> · Centrado en reparar el daño social.
<ul style="list-style-type: none"> · La comunidad al margen, representada de manera abstracta por el estado. 	<ul style="list-style-type: none"> · La comunidad como facilitadora del proceso restaurativo.
<ul style="list-style-type: none"> · Fomento de valores competitivos e individualistas. 	<ul style="list-style-type: none"> · Fomento de la cooperación recíproca.
<ul style="list-style-type: none"> · Acción dirigida por el Estado hacia el infractor: <ul style="list-style-type: none"> – Ignora la víctima – Infractor pasivo 	<ul style="list-style-type: none"> · Los roles de la víctima y el infractor son reconocidos tanto en el problema como en la solución: <ul style="list-style-type: none"> – Derechos/necesidades de las víctimas reconocidos. – El infractor es motivado a asumir su responsabilidad
<ul style="list-style-type: none"> · La responsabilidad (<i>accountability</i>) del infractor se agota en el castigo. 	<ul style="list-style-type: none"> · La responsabilidad (<i>accountability</i>) del infractor como asunción de los efectos de su acción y como asunción del deber de restablecer el orden alterado.
<ul style="list-style-type: none"> · El infractor definido en estrictos términos legales, elusión de dimensión moral, social, económica y política. 	<ul style="list-style-type: none"> · El infractor situado en su contexto, moral, social, económico y político.
<ul style="list-style-type: none"> · “Deuda” debida al estado y a la sociedad en abstracto 	<ul style="list-style-type: none"> · Deuda/responsabilidad hacia la víctima concreta.
<ul style="list-style-type: none"> · Respuesta centrada en el comportamiento pasado del infractor 	<ul style="list-style-type: none"> · Respuesta centrada en las consecuencias nocivas del comportamiento del infractor.
<ul style="list-style-type: none"> · Estigmatización permanente del infractor. 	<ul style="list-style-type: none"> · La estigmatización se elimina mediante acciones restaurativas
<ul style="list-style-type: none"> · No se fomenta ni el arrepentimiento ni el perdón. 	<ul style="list-style-type: none"> · Posibilidad de arrepentimiento y perdón.
<ul style="list-style-type: none"> · Enjuiciamiento técnico profesionalizado 	<ul style="list-style-type: none"> · Implicación directa de los participantes en las decisiones.

Fuente: ZEHR, *Retributive justice*, pp. 81-82.

Como puede verse, la tabla es a veces reiterativa y en algunos casos incluye simplificaciones que no “hacen justicia” a lo que es la actual concepción asumida mayoritariamente por el mundo jurídico, por ello, sin querer entrar a comentar cada una de las afirmaciones correspondientes a cada sistema, voy a aludir sólo a algunos aspectos.

Es cierto que el delito se define como concepto jurídico abstracto y como violación de la ley estatal; y también es cierto que la mayoría de los delitos son “públicos” es decir que el ministerio público a través del fiscal actúa de oficio como parte acusadora contra el infractor. Pero así mismo, en cualquier manual de derecho penal y desde luego en obras que desarrollan el concepto de delito también nos encontramos siempre referencias al sustrato material del delito que es el daño que se causa a la sociedad y a la víctima en concreto. De hecho, una de las características del derecho penal en un contexto democrático es que sólo es legítimo por el legislador definir como delito una conducta, si ésta supone una clara puesta en peligro de condiciones básicas de la vida de las personas en la sociedad⁵⁹.

No obstante, si se trata de caricaturizar el derecho penal clásico para resaltar el contraste con la justicia restaurativa, puede admitirse que las definiciones legales del delito son enunciados formales, generales que en ocasiones atienden más a la forma de comisión del delito que al daño sobre el sujeto pasivo del delito. Es cierto que el derecho penal actual mantiene muchos rasgos del derecho penal configurado históricamente sobre la idea del “súbdito” del Estado, como alguien a quien deba imponerse por la fuerza la sumisión a la ley del gobierno para reforzar y manifestar la autoridad de este, y, también, que se parte del presupuesto de la resistencia a reconocer la comisión del delito. Lógicamente, el concepto de la persona como “ciudadana” sólo lentamente impregnará el ordenamiento jurídico en los estados democráticos y quizás el derecho penal es uno de los sectores que muestran mayor resistencia a una transformación del presupuesto de la concepción del infractor o delincuente como “ciudadano”.

59 ZUGALDIA, *Fundamentos de derecho penal*.

En cuanto al aserto sobre la culpabilidad, propiamente para establecer un contraste entre la culpabilidad en el sistema penal ordinario y la justicia restaurativa, habría que fijarse en quién dictamina la culpabilidad y en cómo. En el sistema tradicional, es el juez quien dictamina quien es culpable e imputa al infractor la responsabilidad por el hecho, su culpabilidad es por ello, un juicio externo de atribución. Mientras que, en el sistema restaurativo, se trata de que sea el propio infractor quien asume la responsabilidad por el hecho. Esa toma de conciencia personal, es lo que desencadena la respuesta restaurativa, adaptada de acuerdo al propio infractor. Mientras que en el sistema tradicional la culpabilidad se declara por el juez independientemente de que el reo lo asuma o no⁶⁰. Es más, el derecho penal tradicional, se basa en la presunción de que el infractor va a negar los hechos y va ampararse en la presunción de inocencia.

Es cierto que la justicia penal tradicional crea, por tanto, un escenario adversarial que provoca y promueve una comunicación basada en el enfrentamiento. Por una parte, se encuentra el Estado como representante de la sociedad y por el otro la representación del infractor⁶¹.

Dentro de la cultura jurídico penal no puede decirse que predomine la idea que suele atribuirse al retribucionismo de pago con el castigo ni tampoco predomina la idea de que la dureza del castigo sea el factor decisivo para la prevención del delito. De hecho, ya desde BECCARIA⁶² en el siglo XVII se mantiene una postura crítica contra la tendencia a considerar que el castigo es el instrumento básico preventivo de delitos, y que a mayor energía punitiva menos delitos. Tópico asentado en la opinión pública y que en los últimos tiempos vuelve a coger fuerza en la corriente que se ha venido a llamar populismo punitivo⁶³. Aludo a

60 Con la salvedad de la atenuante de confesión. Un análisis detallado del atenuante de confesión en el Capítulo IV.

61 No se excluye que el acusado admita su participación en los hechos y llegue a una conformidad. Un análisis de la conformidad y su significado en el Capítulo III.

62 BECCARIA, *De los delitos y las penas*, "Las penas deben ser tan leves y humanas como sea posible mientras sirvan a su propósito, que no es causar daño, sino impedir al delincuente la comisión de nuevos delitos y disuadir a los demás ciudadanos de hacerlo...."

63 LARRAURI PIJOAN, *Populismo punitivo*

esto porque esta tendencia actual que en realidad contraviene el carácter de la intervención penal como *última ratio*, va a constituir un obstáculo para la aceptación de la justicia restaurativa.

En todo caso, en la contraposición de los sistemas retributivo y restaurativo, hay algunos aspectos que tradicionalmente se resaltan que propiamente no corresponden a las concepciones actuales del derecho penal, o al menos a la práctica del derecho penal. El propio ZEHR reconocerá más tarde que la polarización entre justicia retributiva y justicia restaurativa es engañosa ya que, aunque los cuadros que muestran las diferencias entre una y otra puedan ser útiles para resaltar los elementos que caracterizan estas dos perspectivas, también pueden ocultar similitudes y puntos de colaboración⁶⁴.

Ya insistía ZEDNER en que quizás se han polarizado en exceso las diferencias entre los modelos retributivo y restaurativo cuando debe constatar, en cualquier caso, su advenimiento simultáneo y sus posibilidades de aplicación simultánea. De modo conclusivo señala la autora que la finalidad reparadora es reconciliable con la retributiva, aunque advierte, acertadamente, de que el peligro venga de la mano de que el paradigma restaurativo pueda verse arrastrado por el retributivo alejándolo de su potencial y vocación de restitución de los lazos sociales. Una eventual reconciliación de perspectivas parece entretenerse si la justicia penal se desplaza de una focalización excesiva en la imagen tradicional del "brazo represor del Estado" hacia una visión que la conciba como un conjunto de prácticas dirigidas al mantenimiento del orden social⁶⁵.

No obstante, el derecho penal mantiene inercias históricas que todavía constituyen un lastre. De hecho, en la actualidad al calor de políticas criminales que se alimentan del populismo punitivo dichos rasgos se exacerban. Sin embargo, podríamos concluir que la justicia restaurativa tiene cabida en el movimiento renovador que ha surgido en el seno del derecho penal. A este respecto, DUFF afirma textualmente que:

64 ZEHR, *Changing Lenses*

65 ZEDNER, *Reparation and Retribution*, p. 228 y 250

... los técnicos de la justicia restaurativa tienen razón al insistir en que las respuestas al delito deben buscar la "restoration", mientras que los teóricos retributivos tienen razón cuando argumentan que los infractores deberían recibir el castigo que se merecen, pero ambos están equivocados al suponer que sus objetivos son incompatibles⁶⁶.

En la misma línea, BRUNK sostiene que muchos de los elementos de la teoría retributiva están muy relacionados con la justicia restaurativa. La justicia restaurativa está también preocupada por corregir el daño (*making the wrong right*) y por confirmar la justicia; por lo que el infractor asuma la responsabilidad de sus actos mediante la reparación activa de las víctimas; y por qué el castigo no trate a los infractores de manera injusta. Pero, además, la justicia restaurativa propone una manera más práctica y concreta de cómo se puede reparar el daño causado a las víctimas y de cómo ser justos con el infractor⁶⁷.

La justicia restaurativa ha sido también presentada como una tercera vía que supone una ruptura con los elementos asociados a la justicia retributiva y a la justicia rehabilitadora. Así, DALY subraya que la justicia restaurativa contiene elementos del modelo retributivo y rehabilitador, pero además tiene otros muchos elementos nuevos que le otorgan a la justicia restaurativa su carácter único⁶⁸.

En este marco de emergencia de elementos de la justicia restaurativa VAN NESS y STRONG ponen de relieve como en la actualidad no es correcto adjetivar la justicia penal como retributiva porque lo que puede denominarse hoy como "justicia penal contemporánea" (*contemporary justice*) es un aglomerado de distintas teorías de legitimación del derecho penal entre ellas también la retributiva pero no sólo⁶⁹.

66 DUFF, *Restoration and Restribution*, p. 43.

67 BRUNK, *Philosophical Theories of Criminal Punishment*.

68 DALY, *Revisiting*.

69 VAN NESS/STRONG, *Restoring Justice*.

5. Modelos teóricos de justicia restaurativa

En el movimiento en favor de la justicia restaurativa se manifiestan diferentes posiciones a nivel teórico o conceptual y también se puede observar un importante grado de diferencia en la práctica⁷⁰.

Es común en la doctrina distinguir entre el modelo Minimalista y el modelo Maximalista⁷¹. Algunos autores establecen ulteriores divisiones en las que no vamos a entrar, ya que en algunos casos pueden entenderse como variaciones de estas dos concepciones fundamentales o ya no cuentan ni con la atención ni con la aceptación de la doctrina mayoritaria.

5.1 Minimalista o procedimental

Esta corriente se denomina “modelo minimalista” o “modelo puro” (*Purist model*) ya que sólo incluye elementos restaurativos excluyendo elementos relacionados con el modelo retributivo o el modelo rehabilitador⁷². Se incluyen dentro del modelo Minimalista o purista las posiciones que propugnan un desarrollo del sistema restaurativo en paralelo al sistema de justicia tradicional⁷³. Es decir, que parte de la viabilidad de la coexistencia del modelo de justicia restaurativa y junto con lo que hemos denominado según formulación de VAN NESS Y STRONG el derecho penal contemporáneo.

Se considera que la corriente minimalista es la más moderada y también la más aceptada. Es común situar a BRAITHWAITE como representante más significativo de este modelo.

70 LEMONNE, *Chronique de criminologie*.

71 Para ampliar la información ver *Contemporary Justice Review* nº3/4, 2000 en donde se pueden encontrar artículos de BAZEMORE, WALGRAVE, BRAITHWAITE y otros.

72 McCOLD/ WATCHEL, *Restorative justice*.

73 LEMONNE, *Chronique de criminologie*.

La corriente minimalista define la justicia restaurativa como “un proceso en el que las partes involucradas en una infracción concreta se encuentran para dar “una respuesta a las consecuencias de la infracción y a sus implicaciones futuras”⁷⁴. Se trata por tanto de una filosofía centrada en el proceso, como ya señalamos. Para los minimalistas lo importante son los medios a través de los cuales se llega a obtener una respuesta más que la respuesta en sí misma⁷⁵.

Desde esta corriente la justicia restaurativa se configura como una vía alternativa, o una especie de canal de derivación al que el sistema de justicia tradicional envía los asuntos que sean idóneas para ese tratamiento. Es decir, se contempla que la justicia restaurativa se desarrolle de forma paralela y en coexistencia con el sistema contemporáneo. Ello no obsta a que esta corriente abogue por el máximo desarrollo del proceso de mediación o conciliación, como procesos de cooperación voluntaria y de diálogo entre los protagonistas que irían tomando fuerza dentro de esa común convivencia⁷⁶.

El principal reto que debe asumir este modelo es la difícil delimitación de la relación entre el funcionamiento de los instrumentos que se inspiran en los criterios de la justicia restaurativa y los elementos de la justicia penal tradicional. Por el momento, en la literatura sobre la justicia restaurativa no se han establecido unos principios generales que supongan un sustrato de criterios comunes que puedan identificar con suficiente consenso los rasgos del modelo. Si bien es cierto que una de las características más alabadas del modelo restaurativo es la posibilidad de prestar atención a las particularidades de los casos concretos, como señalan VON HOLDERSTEIN y HOLERMANN, se pretende que la justicia restaurativa pueda situarse en el centro del derecho penal no basta con aludir a aspectos o detalles singulares de la resolución de casos sino que es imprescindible afrontar el debate sobre los principios teóricos del modelo y su validez general para la justicia penal⁷⁷.

74 MARSHALL, *restorative justice in Britain*, p.37.

75 McCOLD/ WATCHEL, *Restorative justice*.

76 DE FRAENE/ VANDERBROUCKE, *protection de la jeunesse*.

77 VON HOLDERSTEIN HOLTERMANN, *Outlining the sadow*.

También MARSHALL pone de relieve que una de las principales deficiencias del modelo minimalista, es su reducción a la explicación de los distintos programas y experiencias en ausencia de la necesaria construcción de una serie de principios que pueden inspirar al conjunto del derecho penal. Por ello, los críticos de este modelo señalan que su falta de ambición se convierte en una oportunidad perdida para una reforma de mucho mayor calado, porque no entra a cuestionar los aspectos indeseables o defectuosos del actual sistema de justicia penal⁷⁸.

La opción minimalista como se ha visto se centra exclusivamente en las herramientas de la justicia restaurativa, en el procedimiento, pero no tiene en cuenta los principios restaurativos ni la filosofía restaurativa. Esta elección además de desdeñar algunas de las potencialidades de la justicia restaurativa conlleva ciertos riesgos. Su uso puede servir para justificar algunos de los excesos del derecho penal. La justicia restaurativa puede justificar una "extensión de la red", es decir favorecer los casos de bagatela que de otra forma no recibirían atención por parte del derecho penal por el hecho de que se haya realizado en el marco de un proceso restaurativo⁷⁹.

5.2. Maximalista o global

Tras analizar el modelo denominado como Minimalista, se procede a estudiar el modelo Maximalista o global que se presenta como antagónico al primero, no basado tanto en los aspectos procedimentales como en las consecuencias y en la propia interpretación del derecho penal.

El apartado comienza con la definición del modelo y sus características para posteriormente adentrarse específicamente en la construcción de WALGRAVE ya que no sólo es un referente entre los académicos que se posicionan a favor del desarrollo de la justicia restaurativa, sino que con su visión del "bien propio común" como enfoque "ético social" de la justicia restaurativa, sitúa la filosofía

78 MARSHALL, *Restorative Justice*.

79 LARRAURI PIJOAN, *Tendencias actuales*.

restaurativa en el marco del derecho penal, pero también apuesta por otros ámbitos sociales, como es el caso del movimiento a favor de la democracia participativa.

5.2.1. Rasgos generales

Se podría definir la corriente maximalista como la posición más radical de la justicia restaurativa que a la vez es sin duda la más ligada al pensamiento abolicionista. Si bien en un principio representa una corriente minoritaria se trata de una filosofía que va ganando en número de adeptos. Como defensores de esta corriente destacan WALGRAVE y WRIGHT.

Conforme a la perspectiva maximalista, la justicia restaurativa no puede ser entendida únicamente como un proceso; no puede ceñirse al momento procesal de la comunicación víctima autor, sino que debe proyectarse sobre cada acción que tenga por objetivo fundamental reparar el mal causado por un delito⁸⁰. Por eso en la definición de justicia restaurativa incluyen medidas que no serían calificadas como restaurativas en base al criterio procesal de la corriente minimalista como, por ejemplo, trabajos en beneficio a la comunidad, medidas de apoyo a las víctimas, fondos de compensación a favor de las víctimas...⁸¹. Es decir, todo lo que entre en el cambio de gestión de las consecuencias jurídicas del delito, de la responsabilidad, de la atención a la víctima es susceptible de quedar impregnada por la orientación restaurativa superando ampliamente el espacio restringido de un encuentro víctima autor.

Si bien se mantiene como principal objetivo de la justicia restaurativa la promoción de un proceso voluntario para fijar la respuesta al delito ya que con esa participación se logra una mayor eficacia los fines restaurativos, cuando la participación voluntaria no sea posible no debiera de haber obstáculo para imponer sanciones de carácter reparador o restaurativo⁸².

80 BAZEMORE/WALGRAVE, *In Search of Fundamentals*.

81 LEMONNE, *Chronique de criminologie*

82 WALGRAVE, *On restoration and punishment*

En realidad, se trata de un nuevo paradigma que se sitúa en los fundamentos del propio derecho penal para integrar una orientación de justicia restaurativa de forma transversal⁸³. Independientemente de que se deba a un proceso voluntario o tradicional para la individualización de la respuesta penal, esta respuesta debe de inspirarse en la búsqueda de la reparación del daño causado y en el reequilibrio de las tensiones causadas por el delito⁸⁴. En definitiva, el fundamento de la intervención sobre el infractor, será la necesidad de “restaurar” la violación, la quiebra o la alteración causada.

La restauración se encuentra ligada a la realidad de la alteración producida no en sus aspectos formales de la afectación del bien jurídico, sino en sus aspectos empíricos respecto a quién ha sido lesionado o respecto a qué relaciones han quedado alteradas. Por ello, las sanciones restaurativas deben diferenciarse claramente de las penas ordinarias. La sanción no tiene como objetivo infligir un dolor al infractor, su fin no es causar padecimiento, como si a través del padecimiento se lograra una “expiación” o una reparación moral, sino que el sufrimiento que puede conllevar es sólo un posible efecto colateral.

Una de las principales críticas a las que se enfrenta este modelo es que puede de hecho relegar las prácticas restaurativas más genuinas como la mediación o las conferencias a un segundo plano. Desde el campo de la experiencia práctica se considera, que los fines de reparación de la justicia restaurativa requieren una especial atención a los instrumentos típicos restaurativos, porque es sobre todo a partir de ellos como se perciben los rasgos de un modelo construido sobre la participación activa del infractor en la reparación del daño.

En definitiva, el modelo maximalista pretenda situarse en el núcleo central de los fundamentos o en el sentido de la justicia penal proyectándose sobre el tipo de sentencias penales o de alternativas equivalentes. Más allá de la reparación a la víctima, como subraya WALGRAVE es necesario que la respuesta penal se oriente a la reparación del daño social y a reparar lo que

83 PETERS/AERTSEN, *restorative justice*

84 WALGRAVE, *On restoration and punishment*.

en su definición de justicia restaurativa calificaba de daño relacional que experimente el propio autor en su entorno social de vida.

5.2.2. La construcción de Walgrave

Una de las críticas recurrentes a la justicia restaurativa es que privatiza el derecho penal, o dicho de otra forma que lo aproxima más al derecho civil lo que no significa necesariamente que lo civiliza. Una reciente y muy interesante obra colectiva sobre la justicia restaurativa ha elegido precisamente el título "*Civilising Criminal Justice*"⁸⁵. Se trata de un título equívoco, como dice WALGRAVE en uno de sus artículos, ya que se puede referir tanto a la aproximación al derecho civil de la que algunos son partidarios, y otros claramente críticos; o se puede entender como una propuesta de hacer del derecho penal un instrumento "más civilizado", es decir más acorde con el proceso civilizatorio.⁸⁶

WALGRAVE apuesta por la segunda acepción y basa su teoría en la idea del "proceso de la civilización" de ELIAS⁸⁷, quien sostiene que el proceso civilizatorio es un camino en el que sociedades y comunidades establecen relaciones constructivas entre su ciudadanía, evitando en la medida de lo posible el uso de la violencia y de la coerción. Prosigue afirmando que la creciente complejidad de la vida social y económica conlleva una mayor interdependencia que motiva un incremento de la comprensión y del respeto mutuo, lo que da lugar a una forma de relacionarse más civilizada. Sin embargo, dicho proceso civilizatorio no es ni automático ni lineal y estará determinado por elecciones éticas. En el marco del derecho penal, y de acuerdo con la teoría de ELIAS, esas opciones

85 CORNWELL/BLAD/WRIGHT, *Civilising Criminal Justice*.

86 Cuando se critica que la justicia restaurativa implica un acercamiento del derecho penal por lo general se aduce que se trata de una justicia basada en la mera reparación lo que sin duda atentaría contra el principio de igualdad ante la ley, ya que quien tuviera mayores recursos y, por lo tanto, una mayor capacidad de reparar obtendría una reacción más favorable ante la infracción cometida. Esta posición no se ajusta a la realidad ya que la reparación por la que aboga la justicia restaurativa tiene unas implicaciones mucho mayores que la simple satisfacción de la obligación de hacer frente a la responsabilidad civil TAMARIT SUMALLA, *La justicia reparadora*, p. 447 y ss. Sintetiza los argumentos vertidos contra la justicia restaurativa acompañados de las respuestas que se pueden ofrecer basado en la literatura restaurativa.

87 ELIAS, *El proceso de la civilización*. Ver análisis de URTEAGA, *Norbert Elias*.

pasarán por ofrecer una respuesta al delito más civilizada que conceda prioridad a las soluciones basadas en una deliberación participada frente a las reacciones impuestas desde arriba. Por lo tanto, la justicia restaurativa tiene mucho que aportar en el proceso de civilización del derecho penal, ya que no persigue sólo un uso más racional de la violencia, sino que busca dejar de lado el propio uso de la misma⁸⁸.

El fundamento teórico del proceso descrito por ELIAS es la dependencia mutua de las personas. Es innegable que nos resulta beneficioso convivir con otras personas y cooperar de manera pacífica. No podemos decidir no convivir con otros, pero sí podemos decidir cómo organizar la mutua dependencia y cómo equilibrar la relación entre el interés propio y el interés común. Para definir esta relación, WALGRAVE propone el concepto de "*common self-interest*" lo que podría traducirse como el "interés propio común". A pesar de que, en una primera lectura, el interés propio y el interés común, puedan parecer términos antagónicos se verá que no son sólo compatibles sino necesarios para una sociedad pacífica y constructiva.

La mejor forma de satisfacer el interés propio es integrándolo en el interés común, que acabará revirtiendo de forma positiva en el interés propio. Para lograr mayor autonomía necesitamos del "otro", de la comunidad, por ello, si las relaciones interpersonales y, por ende, las dependencias mutuas funcionan de la forma más fluida posible, basadas en el respeto y la comprensión; cada individuo tendrá mayor oportunidad para disfrutar de su libertad y aspiraciones. Dicho de otro modo, es por propio interés que una persona invierta, dedique esfuerzo en su comunidad, no por una cuestión de mero idealismo utópico, sino porque espera obtener el mayor rédito posible como miembro de esa comunidad. Sin embargo, se trata de algo más que "interés propio" ya que toda la comunidad invierte y, por lo tanto, toda la comunidad obtiene beneficios. Dichos beneficios no serán divididos entre todos, sino que serán potenciados. Invertimos en la comunidad porque se espera una actitud recíproca.

88 WALGRAVE, *From Civilising Punishment*, p.372 y ss.

En el pensamiento liberal “los otros” se conciben como competidores en vez de como aliados en un proyecto común. En un contexto así, a pesar de que se gane nunca será una ganancia completa ya que tendremos que estar permanentemente defendiendo nuestra posición lo cual supondrá una limitación ⁸⁹.

La posición de WALGRAVE, se muestra claramente influenciada por la orientación comunitarista antes analizada, pero a pesar de que por ello el concepto de comunidad debiera ser esencial en su discurso, cuestiona la propia existencia de la comunidad o que su existencia sea positiva per se. Más que la idea de comunidad lo que le resulta de interés son los valores socio-éticos que inspiran la idea de comunitarismo⁹⁰. Por eso, aun teniendo claro que la comunidad ideal no existe, la comunidad basada en intereses y valores comunes y con un adecuado equilibrio entre apoyo y control, considera que es importante tener presente la idea comunidad como ideal. Un claro ejemplo de lo analizado es que, en los procesos restaurativos, tanto la víctima como el infractor acaban por reconocer que ambas partes tienen interés en alcanzar una solución constructiva a fin de poder pacificar su situación y vivir en un clima social comprensivo, de tal forma que su propio interés queda integrado en el interés común.

Las bases socio éticas analizadas no son de utilidad sólo para ofrecer una respuesta constructiva al delito, la idea central es cómo la ciudadanía participa de forma decisiva en cómo la sociedad es gobernada y en cómo se producen las interacciones cotidianas. La justicia restaurativa forma parte de ese movimiento que aboga por una democracia más justa y participativa, pero su posición se circunscribe a la respuesta que se da al delito⁹¹.

La justicia restaurativa exige una participación activa de las partes. Frente a la responsabilización pasiva que fomenta el “sistema de justicia de contemporáneo”, la justicia restaurativa se fundamenta en la responsabilidad

89 WALGRAVE, *Restorative Justice*

90 WALGRAVE, p. 77

91 WALGRAVE, *Restorative Justice*, p. 169 y ss.

activa de todas las partes. El infractor deberá contribuir de forma activa en la reparación del daño y la víctima por su parte, asume la responsabilidad de alcanzar una solución pacífica⁹². La participación en un proceso restaurativo es, por lo tanto, también un proceso mediante el cual se puede apreciar de forma directa como la promoción del interés común revierte directamente en su propia satisfacción.

La justicia restaurativa se presenta como freno y una alternativa a las tendencias populismo punitivo y al mismo tiempo como un complemento constructivo al abolicionismo⁹³. Se propone un enfoque normalizador, tanto para la víctima como para el infractor, que son caracterizados como personas normales y razonablemente responsables. En las condiciones adecuadas, tanto la víctima como el infractor estarán preparados para lograr una solución que sea aceptable para las partes e incluso para los intereses de la comunidad, así como de la seguridad pública. Frente a la "criminología del otro" (*criminology of the other*) se apuesta por la "criminología del sí mismo" (*criminology of the self*)⁹⁴. Los infractores no como una clase de personas peligrosas que merecen ser marginados si no como personas que básicamente desean vivir como miembros de la comunidad pero que actuaron como lo hicieron ante unas circunstancias concretas. Tal y como afirma GARCÍA PABLOS "El sistema deposita, en consecuencia, una firme confianza en la capacidad y autonomía de los individuos para resolver, pacífica y eficazmente, los conflictos en que puedan hallarse inmersos"⁹⁵.

5.3. La recepción de elementos restaurativos en la doctrina penal española

En los discursos jurídicos de la tradición del derecho penal continental, las explicaciones sobre los fundamentos de la justicia restaurativa se insertan en

92 WALGRAVE, *Civilising*, p.371.

93 WALGRAVE, *Self-interest*, p. 192.

94 GARLAND, *The Culture of Control*, p. 137

95 GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Tratado de Criminología*, p.1008.

el discurso de los fines de la pena. Más concretamente, se vinculan con la prevención general positiva⁹⁶ de restauración de la confianza general a través de los procedimientos e instrumentos que permiten al infractor cooperar en el restablecimiento de la confianza. Se corresponde a la concepción de un ciudadano capaz de asumir su responsabilidad y al que se le presupone la facultad de participar de forma activa en la compensación del daño a la comunidad. Además, los procesos de justicia restaurativa, logran mejorar ante la opinión pública la deteriorada imagen de la justicia y suscitan actitudes positivas hacia el sistema legal.

La teoría de la prevención general positiva en la que se insertaría la justicia restaurativa, concibe la intervención penal “como expresión de la preeminencia del derecho penal frente al injusto, como de restablecimiento de la confianza en el Derecho, como instrumento de pacificación y de consolidación del respeto a las normas básicas de convivencia”⁹⁷. Esta concepción se basa en la idea ya sostenida por ROXIN de que la prevención no se limita a la intimidación, sino que su efecto socialmente más útil consiste en transmitir a la población “la confianza en la protección del ordenamiento jurídico y su fuerza para imponerse”⁹⁸ y, para ello, es fundamental la reparación a la víctima y el acuerdo entre el infractor y la víctima. Ya que, socialmente no se considera que la fractura del derecho ha sido reparada cuando se ha castigado al autor sino cuando se ha logrado que la víctima sea reparada y la paz jurídica perturbada haya sido reestablecida⁹⁹.

El objetivo del derecho penal no es la privación de derechos, sino su confirmación, y el restablecimiento de la paz jurídica¹⁰⁰. Por lo tanto, la legitimidad de la imposición coactiva no se medirá tanto por su eficacia para reducir el delito sino por “por su capacidad para hacerlo con el mínimo coste para los derechos de los afectados y la paz jurídica”¹⁰¹.

96 MARTINEZ ESCAMILLA, *Justicia Reparadora*.

97 ASUA BATARRITA, *Política criminal y prisión*.

98 ROXIN, *Pena y reparación. numeros*

99 ROXIN, *Pena y Reparación*, p. 11.

100 ASUA BATARRITA, *Politica Criminal y prisión*, p. 292.

101 ASUA BATARRITA, *Politica Criminal y prisión* citando a SCHULTZ

Al igual que se analizaba en la concepción de WALGRAVE, la justicia restaurativa posee un efecto pedagógico en la sociedad, frente a una posición vindicativa afirma cuales son las formas más adecuadas de resolver conflictos. Así, PEREZ SANZBERRO afirma que “frente a un Derecho penal concentrado en el castigo, que consolida ciertas tendencias irracionales, la justicia restauradora estaría en sintonía con un proceso orientado hacia las consecuencias de un Derecho penal más racional, capaz de dismantelar los componentes irracionales que alimentan la exacerbación punitiva”¹⁰². Sería un modelo de resolución de conflictos mucho más acorde con un estado democrático ya que se trata de un modelo de justicia “horizontal” y no impuesto, lo que influiría tanto en la aceptación de la respuesta penal como en el grado de satisfacción del hacia el mismo¹⁰³.

En realidad, gran parte de la recepción de los elementos de la justicia restaurativa viene por un proyecto de gran influencia en el ámbito germánico que tuvo gran incidencia en el derecho penal de España e Italia. Se trata de la propuesta elaborada por varios profesores de derecho penal, alemanes, suizos y austriacos, siendo ROXIN unos de los más destacados, de propuesta de regulación “Proyecto Alemán sobre la reparación” realizada en 1992. Tal y como analiza PÉREZ SANZBERRO, el objetivo de la propuesta era articular una normativa de reparación para “ampliar el instrumento jurídico-penal a partir de una nueva vía, en la que se acentúe la autonomía y vaya referida a la víctima, que ha de tener primacía en el restablecimiento de la paz jurídica”. El modelo de reparación no se concibe como una pena sino como una forma de reacción específica al delito, una “tercera vía” junto con las penas y las medidas de seguridad, que consistiría en una prestación voluntaria de carácter constructivo desde el punto de vista personal y social.

Bajo esa concepción, la reparación sería, desde el punto de vista de los fines del derecho penal, una forma de compensar la culpabilidad, pero estaría también dotada de potencial para la prevención general, así como para la prevención especial. En cuanto a la prevención general, porque supone la

102 PEREZ SANZBERRO, *Reparación y conciliación*, p. 326.

103 MARTÍNEZ ESCAMILLA, *Justicia Reparadora*, pp. 493 y ss.

asunción de responsabilidad ante la víctima y la sociedad por parte del infractor, lo que contribuiría a la restauración de la paz jurídica vulnerada por la comisión del delito¹⁰⁴. En cuanto a la prevención especial, porque la confrontación del infractor tanto con las consecuencias del hecho como con las vivencias de la víctima puede tener un efecto resocializador que supondría un aprendizaje de social que desembocaría en una actitud de respeto hacia los demás.

Como señala REGGIO, las propuestas de justicia restaurativa se insertan en los parámetros filosóficos de la propuesta dialógica cuyo desarrollo contemporáneo representa ya parte de la cultura jurídica actual. Una asunción consecuente de la cultura democrática de la mano de la justicia restaurativa desafía tanto la práctica como el concepto actual de justicia penal, y nos invita a repensar la filosofía subyacente al derecho penal como sistema y como idea ¹⁰⁵.

Probablemente es otro el concepto de persona¹⁰⁶ el que inspira, como elemento o matriz común, el “paradigma” de la justicia restaurativa en Europa continental, incluida España, o en los países del *common law*. Inspiración que determina resultados particulares diferentes según las tradiciones jurídicas y la concreta historia legislativa de cada jurisdicción doméstica. La pluralidad de instituciones y prácticas restaurativas, ya se ha insistido una y otra vez en ello, son de gran variedad y dificultan su reconducción a una definición clara y definitiva. Pero parece innegable que existe un subsuelo común que apunta al ciudadano de una sociedad democrática como el elemento normativo o piedra angular desde el que repensar el qué y el cómo de la respuesta penal como totalidad. Paradigma que alimenta una idea de justicia más democrática que no puede desconocer que el subsistema de la justicia penal es un elemento estructural del sistema político que está soportado y se apoya en la asunción del reconocimiento mutuo, intersubjetivo, de la dignidad de la persona. Dignidad y libre desarrollo de la personalidad a partir de aquélla, que implica que la imagen normativa

104 GARRO CARRERA, *Reparación del daño*, p. 14.

105 REGGIO, *Dialogical Justice*, p. 315 y ss.

106 TORIO en el *El sustrato antropológico*, ya aludía de manera magistral a las implicaciones de la imagen subyacente de persona como matriz última de inspiración normativa para el sistema penal y a sus conexiones filosófico-antropológicas como prisma definitivo de determinación interpretativa.

sobre cuya base debe asentar el derecho penal sus fines y su función, debe soltar definitivamente amarras tanto respecto de una concepción puramente retributiva de inspiración quasi-religiosa¹⁰⁷, como de aquella imagen clásica a que aludía Hegel cuando comparaba el mecanismo ínsito en la prevención general negativa o intimidatoria con la imagen del que levanta el palo ante un perro para evitar conductas indeseables. El ciudadano de una sociedad democrática se coloca en otro plano como sujeto responsable y protagonista de la vida política cuya identidad contribuye a crear y legitimar con su participación y que, en consecuencia, demanda articular la respuesta en el subsistema penal conforme a los nuevos parámetros. El ciudadano que ha delinquido y generado daño (individual y social) debe ser tratado, normativamente, como una persona, no como una fiera¹⁰⁸. Y ello, sin duda, empodera una perspectiva de la respuesta penal atenta a los roles que delincuente, víctima y sociedad deben jugar, preservar e impulsar en una sociedad democrática.

Sobre estas nuevas coordenadas el paradigma emergente de la justicia restaurativa se yergue como reflejo de la necesidad de re-interpretar la respuesta penal como espacio ensanchado en el que el ejercicio de responsabilización penal sirva a la pacificación de las relaciones sociales más allá de un puro castigo o la nuda búsqueda del efecto disuasorio. La justicia restaurativa, con una mirada amplia que incluye al delincuente a la víctima directa y a la sociedad en su conjunto, revela así su vocación de dotar de contenido simbólico-comunicativo a la respuesta penal para que ésta refuerce y asiente un modelo democrático de justicia.

107 MIR PUIG, *Parte General*, p. 78.

108 FEIJOO SANCHEZ, *La legitimidad de la pena estatal*, p. 43. El autor desvela la imagen normativa de persona subyacente al derecho penal en el contexto de la crítica a las teorías de la prevención general negativa. Sus afirmaciones, sin embargo, son perfectamente generalizables como subsuelo normativo que se abre a un equilibrio entre diferentes dimensiones de dicha prevención general (negativa y positiva) como lugar "natural" de penetración del paradigma restaurativo en la discusión doctrinal española.

6. Documentos y recomendaciones internacionales: de la orientación a la víctima hacia la justicia restaurativa

Es conocido que las prácticas restaurativas surgen en el mundo como experiencias piloto sin un respaldo normativo explícito, pero, paulatinamente se van aprobando normas a nivel estatal e internacional que sustentan el movimiento de la justicia restaurativa. Los documentos internacionales sirven, además, para estimular su progresiva aceptación en muchos países y para fomentar cierto grado de uniformidad.

Por ello, resulta interesante observar aunque sea de forma somera, los principales documentos internacionales porque reflejan esa paulatina evolución a nivel de los distintos organismos, sean estos regionales o de proyección mundial como las Naciones Unidas.

A continuación, me referiré a algunos de los documentos que han tenido mayor repercusión y que he considerado son representativos. Documentos estos aprobados por Naciones Unidas, el Consejo de Europa, la Unión Europea, así como por parte de organizaciones con gran reconocimiento. Como puede observarse es a partir de 1980 cuando surgen numerosas declaraciones e instrumentos en torno a la justicia restaurativa y la mediación.

6.1. Naciones Unidas

La evolución de los principales instrumentos de Naciones Unidas aprobados en este ámbito es significativa, partiendo de un enfoque de protección a la víctima, se llega a fomentar el fomento de medidas restaurativas.

— **Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, de fecha 29 de noviembre de 1985. (Resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985).**

En esta declaración encontramos la primera referencia clara a la mediación en un documento de Naciones Unidas. La declaración se basa en la necesidad de que se adopten medidas para garantizar el respeto de los derechos de las víctimas de delitos y de abuso policial.

Dentro del apartado de acceso a la justicia y trato justo, donde se habla de la necesidad de adecuar los procedimientos judiciales y administrativos a las víctimas, el artículo 7 establece que se utilizarán, cuando proceda, “mecanismos oficiosos para la solución de controversias, incluidas la mediación, el arbitraje y las prácticas de justicia consuetudinaria o autóctonas, a fin de facilitar la conciliación y la reparación a favor de las víctimas”.

— En el caso de la justicia restaurativa de menores, conviene destacar las **Reglas Mínimas Uniformes de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas Beijing) (1985)** en su artículo 11.1 establecen que cuando sea oportuno se verá la posibilidad de hacerse cargo de los menores delincuentes sin recurrir a tribunales, cortes, juntas o instituciones similares para que los juzguen oficialmente.

— **Reglas mínimas de Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de libertad (Reglas de Tokio) (1990).**

Aunque no recogen de manera directa el término justicia restaurativa o mediación contienen elementos típicamente restaurativos en este caso, desde el punto de vista del infractor de la norma. El objetivo de estas reglas es fomentar una mayor participación de la comunidad en la gestión de la justicia penal, así como fomentar entre los delincuentes el sentido de responsabilidad hacia la sociedad.

— **Resolución 1999/26, de 28 de julio de 1999, del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas sobre el desarrollo y la aplicación de medidas de mediación y de justicia reparadora en el Derecho penal.**

El Consejo Económico y Social de Naciones Unidas reconoce que los mecanismos tradicionales de justicia penal no siempre ofrecen una respuesta adecuada a los delitos leves y propone como medio apropiado la adopción de medidas de justicia restaurativa y particularmente de la mediación, que permitan un encuentro entre víctima y ofensor, la compensación por los daños sufridos o la realización de trabajos en beneficio de la comunidad.

Circunscribe el uso de la mediación penal y la justicia restaurativa a supuestos limitados, como los delitos leves, los problemas familiares, los problemas escolares y comunitarios y los problemas relacionados con niños y jóvenes.

Por último, destacar la petición a la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal para que estudie la conveniencia de formular normas de las Naciones Unidas en materia de mediación y justicia restaurativa.

— **Declaración del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas de 18 de abril de 2002, Comisión de prevención del Delito y Justicia Penal, sobre Principios básicos para la aplicación de programas de Justicia restaurativa en materia penal.**

Tienen el propósito de informar y alentar a los estados miembros a adoptar medidas restaurativas en el seno de sus sistemas judiciales. El documento establece parámetros para la implantación de programas de justicia restaurativa y hace hincapié en las garantías legales que deben establecerse para proteger a los participantes. El Manual sobre programas de justicia restaurativa (*Handbook on restorative justice programmes*) explica detalladamente el contenido del documento.

6.2. Consejo de Europa

Como es sabido, el Consejo de Europa es una organización internacional extracomunitaria de cooperación regional que consta de 47 países europeos, entendida Europa en su mayor extensión. Ya en los años 80, el Consejo de

Europa reconocía las posibles ventajas de la utilización del proceso de mediación entre víctima e infractor de forma indirecta.

— **Recomendación R (85) 11, de 28 de junio de 1985, del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros, sobre asistencia a las víctimas y prevención de la victimación.**

Las directrices de la Recomendación dan un amplio margen a la reparación y recomienda a los Estados miembros examinar las ventajas que pueden presentar los sistemas de mediación y conciliación. Concede efectos jurídicos no sólo a la reparación del daño a la víctima sino también al esfuerzo del delincuente por reparar el daño causado.

— **Recomendación 87 (20), de 17 de septiembre, sobre reacciones sociales a la delincuencia juvenil**

Alienta los procesos de desjudicialización y de mediación en el ámbito de la justicia de menores, bajo la premisa de que las medidas adoptadas respecto a ellos deben de tener un carácter educativo. También recomienda alcanzar acuerdos entre el autor y la víctima de la infracción.

— **Recomendación R (87) 21, de 17 de septiembre de 1987, de Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros, sobre asistencia a las víctimas y prevención de la victimación.**

Partiendo de la idea de que el sistema de justicia penal no es por sí mismo eficaz para satisfacer las necesidades de las víctimas de forma adecuada, recomienda a los Estados miembros que fomenten experiencias de mediación y evalúen los resultados, atendiendo en particular a los intereses de las víctimas.

— **Recomendación R (99) 19, de 15 de septiembre de 1999, del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros, sobre mediación en materia penal.**

Esta ha sido sin duda la recomendación del Consejo de Europa que ha tenido mayor trascendencia. Define la mediación penal como todo proceso que permite a víctima e infractor participar de forma activa; si lo consienten, en la resolución de asuntos derivados del delito con la ayuda de un tercero imparcial (mediador).

La mediación debería ser admitida en todas las fases del procedimiento penal y estar generalmente disponible. Como fundamento jurídico establece que la legislación debe fomentar la mediación penal y se deben establecer líneas directrices definiendo los recursos de mediación en materia penal. Determina los principios que deben guiar el procedimiento (voluntariedad, confidencialidad y consentimiento informado) y advierte que la participación en mediación no deberá utilizarse como prueba de culpabilidad y deberán respetarse las garantías procesales fundamentales.

Como criterio de actuación, se señala que los servicios de mediación deben contar con la suficiente autonomía, pero la decisión de derivar un asunto a mediación debiera reservarse a las autoridades judiciales y la persona mediadora deberá igualmente informar de los pasos dados y del resultado del proceso.

Se presta especial atención a las funciones de la persona mediadora haciendo hincapié en la necesidad de que tenga una formación adecuada. También se subraya la importancia de la investigación y la evaluación de los programas experimentales.

— **Recomendación R (2006) 8, de 14 de junio de 2006, del Consejo Europeo sobre asistencia a las víctimas de delito.**

La recomendación, dedica el artículo 13 a la mediación y afirma que teniendo en cuenta los beneficios de la mediación para las víctimas, los organismos correspondientes deben considerar la posibilidad de ofrecer la mediación siempre conforme a la R (99)19.

6.3. Unión Europea

Me voy a referir a dos normas que tienen especial incidencia por su carácter imperativo para el legislador español.

— **La Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo de 2001** relativa al Estatuto de la Víctima en el proceso penal, obliga los estados miembros de la Unión Europea a adaptar sus leyes para que las víctimas de delitos logren un mínimo nivel de protección. La decisión también contiene un artículo específico sobre mediación en derecho penal, así el artículo 10 dice textualmente que:

1. *Los Estados miembros procurarán impulsar la mediación en las causas penales para las infracciones que a su juicio se presten a este tipo de medida.*
2. *Los estados miembros velarán por que pueda tomarse en consideración todo acuerdo entre víctima e inculpado que se haya alcanzado con ocasión de la mediación en las causas.*

El artículo 17 de la Decisión Marco, señala que los estados miembros deberán aprobar las leyes, las regulaciones y los procedimientos administrativos necesarios para poder cumplir con lo establecido en el artículo 10 antes del 22 de marzo de 2006. Se puede decir que España no cumplió en plazo su obligación y sólo lo hizo formalmente en el año 2015.

— **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.** Se realizará un análisis más detallado de la presente norma ya que como se verá en el capítulo IV, la normativa española recientemente aprobada, tanto el estatuto de la víctima como las modificaciones del CP, tiene entre sus objetivos la implantación de la Directiva 2012/29/UE (en adelante Directiva 2012).

La Directiva sustituye a la Decisión Marco de 2001 y con ella se produce un cambio de enfoque. El articulado ya no hace referencia a la mediación

sino a la “justicia reparadora”. La mediación pasa a un segundo plano como modalidad de la justicia reparadora. Así, El considerando 46 afirma que entre “los servicios de la justicia reparadora” se incluyen “la mediación entre víctima e infractor, las conferencias de grupos familiares y los círculos de sentencia”. Vista la redacción, se puede concluir que no se trata de un listado cerrado y que por lo tanto caben otras formas de “justicia reparadora”.

En el considerando 46, se observa una clara orientación victimológica. Se afirma que los servicios de justicia reparadora “deben fijarse como prioridad satisfacer los intereses y necesidades de la víctima, reparar el perjuicio que se le haya ocasionado e impedir cualquier otro perjuicio adicional”. A pesar de tratarse de una orientación que no sorprende, ya que el objetivo fijado por la directiva es el de “garantizar que las víctimas de delitos reciban información, apoyo y protección adecuados y que puedan participar en procesos penales” se echa en falta una referencia a otras de las potencialidades de la justicia restaurativa.

Otra característica a destacar es que a diferencia de lo que sucedía en la Decisión Marco 2001, la directiva 2012 no obliga a los estados miembros a impulsar la mediación penal o la “justicia reparadora”, ni exige que se tomen en cuenta los acuerdos alcanzados por las partes. El artículo 12.2 se limita a exigir que los estados miembros faciliten la derivación de casos si procede estableciendo procedimientos u orientaciones sobre las condiciones de tal derivación. Pero no entra a definir cuestiones básicas como que es la “justicia reparadora” ni en qué circunstancias es recomendable su utilización.

Entrando ahora si en el articulado, vemos que el art 12 dedicado al “Derecho a garantías en el contexto de los servicios de justicia reparadora”, marca como objetivo explícito, el de proteger a la víctima para que tenga acceso a “servicios de justicia reparadora seguros y competentes”. Con ese objetivo establece unas condiciones mínimas que los Estados miembros podrán ampliar “para proporcionar un nivel más elevado de protección”.

Para recurrir a los servicios de justicia reparadora, será imprescindible “el consentimiento libre e informado de la víctima”. Además, como no podría de ser otra forma la directiva recoge otros de los principios básicos de la justicia restaurativa la voluntariedad y la confidencialidad.

Con el fin de reforzar las medidas de protección para la víctima, el art 12 conmina a que sólo se recurra a los servicios de justicia reparadora “si redundan en interés de la víctima” y teniendo en cuenta su seguridad.

Para cerciorarse de que la víctima consiente de manera suficientemente informada, el art destaca que la información ha de ser “objetiva e imparcial” y deberá abarcar el proceso, los posibles resultados, así como el procedimiento a seguir. El considerando 21 recuerda que es importante que la información sea accesible adecuada a las circunstancias de la víctima teniendo en consideración circunstancias como la edad, la madurez, alfabetización y especialmente si padece algún tipo de discapacidad.

Por último, se exige que “el infractor tendrá que haber reconocido los elementos fácticos del caso”.

Aunque en la práctica en España sólo existan experiencias de programas consolidados sobre la mediación, y no sobre los otros instrumentos mencionados como las conferencias y los círculos, el hecho de que se regule en torno a la justicia restauradora y no en torno a la mediación resulta más acertado no sólo porque en otros países de la Unión Europea sí se estén utilizando sino porque recoge mejor la filosofía que se pretende desarrollar.

El plazo para que los estados adapten sus legislaciones a lo fijado por la directiva era el 16 de noviembre de 2015.

6.4. Declaraciones de foros internacionales sobre mediación y justicia restaurativa

Si bien las siguientes declaraciones no tienen carácter legal, considero relevante mencionarlas ya que ambas son instituciones muy activas y sus miembros muy respetados

— **Declaración de Lovaina sobre la conveniencia de promover la perspectiva de justicia restaurativa en los delitos cometidos por menores**¹⁰⁹. A pesar de que la declaración se centra especialmente en la respuesta a la delincuencia juvenil, en su propuesta nº 10, se dice de manera expresa que las mismas propuestas podrían ser aplicadas en la justicia de adultos.

La declaración establece que la reacción social frente al crimen debe promover la reparación del daño causado por el infractor. Las autoridades públicas deben limitarse a promover las condiciones adecuadas para dar respuestas restaurativas a los delitos.

*Garantizar la corrección de los procesos y el respeto a los derechos individuales. Imponer una coacción judicial en el caso en el que las acciones de justicia restaurativa no sean exitosas y se considere necesario dar una respuesta al delito. Organizar un proceso judicial en los casos en los que el delito y la reacción al delito son de tal naturaleza que la sola regulación voluntaria e informal parece insuficiente*¹¹⁰.

Se considera del mismo modo oportuno que las autoridades públicas realicen esfuerzos para facilitar una respuesta restaurativa. Así mismo, se acuerda que el proceso deberá contribuir a la reinserción. Cualquier intervención coercitiva pública solo podrá llevarla a cabo una instancia judicial.

109 Declaración adoptada el 13 de Mayo de 1997 por los participantes de la reunión “International Network for Research on Restorative Justice for Juveniles” en el marco de la conferencia internacional “Restorative Justice for Juveniles. Potentials, Risks and Problems for Research” en Lovaina, Belgica. Entre los firmante se encuentra autores de referencia como: John Braithwaite, Ezza Fattah, Mark Umbreit, Martin Wright, Daniel Van Ness, Lode Walgrave o Gordon Bazemore.

110 1997, Recomendación 3

— **Declaración de principios de justicia restaurativa (Statement of Restorative Justice Principles)**¹¹¹. Estos principios fueron acordados por la asociación *Restorative Justice Consortium*, renombrada en 2010 como *Restorative Justice Council*. Divididos en 7 categorías, cubren Principios respecto al interés de todos los participantes, a quienes han sufrido un daño o una pérdida, quienes han causado un daño o una pérdida a otros, la comunidad y la sociedad, agencias que trabajan en el sistema judicial, el sistema judicial, así como organismos de justicia restaurativa.

111 2002

7. Recapitulación

Las críticas al sistema penal planteadas por los abolicionistas en cuanto a la apropiación del conflicto, la exclusión de las víctimas y la rigidez procesal, son recogidas por las orientaciones victimológica. Por otro lado, la atención a las experiencias de raíz histórica mantenida en comunidades aborígenes aportaba información de interés en cuanto a la filosofía de comunicación entre víctima y autor en el propio seno de la comunidad donde se originó el conflicto. La conjunción de estas orientaciones que se van recogiendo en publicaciones de forma creciente, genera el humus propicio para el desarrollo inicial de lo que se va a llamar justicia restaurativa.

Los organismos internacionales comienzan a hacerse eco de los primeros programas y proyectos de mediación y conciliación e incorporan progresivamente en sus declaraciones sobre justicia penal recomendaciones al respeto.

El hecho de que las recomendaciones de Naciones Unidas comiencen a utilizar el término justicia restaurativa, permitirá asentar esta denominación. Sobre todo, va a significar un impulso de calado para la implantación y desarrollo de las distintas modalidades de proyectos de resolución de conflictos en derecho penal que se van a integrar bajo ese nombre.

En cuanto a los caracteres básicos de la justicia restaurativa, quizás es todavía prematuro establecer de forma sólida lo que todavía se está desarrollando en distintos sistemas y en distintas intensidades. No obstante, es común encontrar en la literatura sobre justicia restaurativa la presentación contrastada de los fines y las características de la justicia restaurativa respecto al derecho penal clásico. Por ello, hemos recogido en esta parte una tabla al respecto. En esas tablas, las funciones del derecho penal se presentan de una forma un tanto caricaturizada, en lo que a mi juicio resulta una enunciación poco actualizada.

En el intento de dar argumentos a lo que constituye un nuevo entendimiento sobre la respuesta al delito, se constata cierta tendencia a destacar los fallos del sistema tradicional. Esta posición puede constituir más un obstáculo que

una ventaja para el avance de la justicia restaurativa especialmente en aras de insertar esta perspectiva en el ámbito de los operadores jurídicos ya que las concepciones actuales del derecho penal, alejadas del estricto retribucionismo y más atentas a las funciones comunicativas del derecho, permiten precisamente una mejor acogida de la orientación de la justicia restaurativa.

Precisamente, la situación actual de debate sobre la justicia restaurativa reside en su grado de compatibilidad dentro del sistema penal, no porque resulte incompatible sino en cuanto al espacio que debe ocupar la justicia restaurativa restándosele al derecho penal. Este debate se plasma en lo que se denominan posiciones maximalistas o minimalistas.

En el fondo se discute el carácter punitivo de la respuesta ante el delito. Si esta debería ser entendida como sufrimiento necesario, o si por el contrario resulta pertinente excluir la carga aflictiva. Es decir, sobre el protagonismo de una responsabilidad que no conlleve necesariamente "aflicción" aunque sí las cargas razonables que sean consecuencia de la necesidad de reparar los propios actos previos.

Lo que si se ha podido observar es que independientemente del modelo teórico escogido y de la tradición jurídica en la que se inserte, el concepto de la dignidad de la persona parece inspirar el "paradigma" de la justicia restaurativa. Se trata de un enfoque normalizador que se acomoda mejor a los parámetros propio de una sociedad democrática.

En la actualidad, independientemente de la discusión teórica aludida, los instrumentos que caracterizan el desarrollo de la justicia restaurativa son las tres formas conocidas de mediación, conferencias y círculos dependiendo su mayor o menor desarrollo de la zona cultural en la que se enmarcan.

Por último, también dentro de esta corriente comunitaria, hay que situar a quienes abogan por modelos de resolución de conflictos inspirados por métodos tradicionales como aquellos de los tradicionales Maories de Nueva Zelanda.

CAPITULO II:

**APROXIMACIÓN A UN
MODELO EUROPEO PIONERO:
EL MODELO BELGA**

1. Introducción

Sin bien es cierto que las primeras experiencias de justicia restaurativa surgieron en sistemas *Common Law*, en la Europa continental Bélgica fue uno de los primeros países en sumarse a la nueva tendencia. En 1987 la ONG Oikoten¹¹² impulsó el primer proyecto de mediación juvenil y ya en 1992 el fiscal de Gante junto con la Universidad Católica de Lovaina pusieron en marcha el proyecto titulado “mediación penal para adultos”. Finalmente, en 1993 Oikoten y la Universidad Católica de Lovaina comenzaron a desarrollar el primer programa de mediación para adultos al que llamarían “mediación para la reparación”.

En la actualidad, en Bélgica se desarrollan simultáneamente una gran diversidad de programas de justicia restaurativa. Como veremos a continuación, nos encontramos con programas de justicia restaurativa en tres niveles: en el ámbito de menores, en el ámbito penitenciario, y en la justicia penal de adultos.

El desarrollo de la justicia restaurativa belga ha recibido mucha atención por parte del mundo académico, particularmente por parte de la comunidad flamenca. Son internacionalmente reconocidos en esta materia autores belgas como Lode Walgrave, Ivo Aertsen o Tony Peters. No puede sorprender por tanto que el Foro europeo para la Mediación víctima-infractor y la justicia restaurativa tenga su sede en Lovaina¹¹³. El objetivo del Foro es ser un canal de intercambio de experiencias, apoyo mutuo e interacción entre mediadores, servicios de mediación, investigadores y responsables de políticas de toda Europa.

El interés por aproximarse al estudio del modelo belga se funda en su ubicación dentro del sistema jurídico continental cuyas características son comunes a los países centro europeos y también al estado español. El papel central del principio de legalidad, frente al más flexible modelo anglosajón, supone en principio mayor rigidez y por ello es menos susceptible de adaptación

112 Fundada 1982, la organización Oikoten se fusionó en 2009 con la organización BAS! y en la actualidad forman el proyecto Alba. Para más información www.alba.be

113 *European Forum for Victim-Offender Mediation and Restorative Justice*. <http://www.euforumrj.org/>

a instrumentos alternativos como lo es la mediación en el marco de la justicia restaurativa.

Además, Bélgica es un estado federal compuesto por tres comunidades culturales (francesa, flamenca y germanófoba) y tres regiones económicas (Valonia, Flandes y Bruselas)¹¹⁴. Lo cual aporta un elemento de complejidad político organizativa y una cierta pluralidad cultural, que resultan atractivos para su contraste con la diversidad de experiencias en el marco autonómico español.

En cuanto al origen del modelo y el contexto en el que surgía nos retrotraernos a la década de los 80. En esa época afloraron ciertos escándalos que afectaron al prestigio de la legitimidad del sistema judicial y de la policía belga. Algunos de los principales casos fueron *Tueries du Brabant wallon* (referido al crimen organizado) y el de los *Cellules Communistes Combattantes* (conocido caso de terrorismo) en la década de los 80. Pero sin lugar a dudas el más destacado fue *Affaire Dutroux* (famoso caso de pedofilia 1996, que supuso el secuestro y asesinato de 4 chicas jóvenes). El movimiento popular suscitado por el caso Dutroux es considerado como uno de los eventos más importantes de la historia política y social belga¹¹⁵. El caso supuso la cristalización de un descontento generalizado con el estado en general y con el sistema judicial en particular, podríamos decir que fue sin duda alguna “la gota que colmó el vaso”.

Se sucedieron las protestas en forma de acciones directas, siendo el punto álgido de todas estas manifestaciones de descontento la *Marche Blanche*, marcha multitudinaria de gran impacto social. Tras esta situación se producirían importantes reformas en el sistema de justicia. Estos eventos, contribuyeron a resaltar la ineficacia del sistema judicial y supusieron el comienzo de un importante cambio legislativo, así como un progresivo incremento de programas

114 Cada una de estas divisiones cuenta con sus propias competencias, parlamento y gobierno. Las competencias de las comunidades están relacionadas sobre todo con la cultura, la enseñanza, la salud y los servicios sociales mientras que las competencias de las regiones están relacionadas con la política económica, la protección del medio ambiente, el transporte y el empleo. Del mismo modo, Bélgica está también dividido en provincias y comunas que también dictan sus propias normas.

115 VOGEL, *reinvention de la democratie*.

centrados en las víctimas e inspirados en las ideas y principios de la justicia restaurativa¹¹⁶. A pesar de lo positivo de esta tendencia, los avances en el derecho penal belga han sido igual de volátiles y contradictorios que en otros países occidentales¹¹⁷.

Como en el caso de otras alternativas en materia penal, y como ha ocurrido en muchos países europeos, en Bélgica la mediación fue diseñada en un principio pensando en infracciones de escasa importancia. La mediación entre autor y víctima comenzó su desarrollo en el caso de menores infractores para después empezar a aplicarse en el ámbito de los adultos para delitos de escasa gravedad.

La mediación penal en adultos se institucionalizó en 1994 tras un breve periodo de experimentación. Desde entonces, el artículo 216ter del Código de Instrucción Criminal, prevé bajo el título “Disposiciones relativas a la extinción de la acción pública para ciertas infracciones mediante ciertas condiciones”, un procedimiento de mediación para los delitos de mediana gravedad, concretamente aquellos conminados con pena de hasta dos años de prisión. La mediación quedó catalogada como una causa de extinción de la acción pública.

Los primeros programas desarrollados en el marco de este precepto fueron más un medio de hacer frente a la pequeña delincuencia, que la expresión de una voluntad de poner en marcha una alternativa al sistema penal tradicional en ciertos casos. Más adelante, los preceptos aprobados en enero de 2005 van a permitir otro tipo de análisis puesto que ya quedará instaurada la mediación en todas las fases del proceso penal y para todo tipo de delitos, sin limitaciones en orden a su gravedad.

En relación a las prácticas de justicia restaurativa en prisión y con sus limitaciones, Bélgica puede dar cuenta de una exitosa experiencia al respecto.

116 LEMONNE, *chronique de criminologie*.

117 DAEMS/ROBERT, *Belgian Prisons System*.

Las razones expuestas justifican que metodológicamente se haya recurrido a este país como elemento de contraste y referencia sobre cuya base desarrollar en los capítulos siguientes un análisis del paradigma de la justicia restaurativa en España. Pero antes de ello el presente capítulo se va a estructurar aludiendo, en primer lugar, a los rasgos fundamentales de la justicia de menores por su carácter pionero. Posteriormente, el foco se dirigirá a la justicia de adultos comenzando por la ley de 1994 y continuando por la ley de 2005. En último lugar, aludiré a las experiencias de justicia restaurativa en el ámbito penitenciario.

2. La justicia restaurativa en el ámbito de los menores infractores

En Bélgica, como en tantos otros países, las primeras experiencias de mediación entre autor y víctima comenzaron por la justicia de menores. Sin embargo, su regulación definitiva no se concretará hasta 2006. En este caso, además de la mediación, también se ofrece la posibilidad de recurrir a las conferencias familiares.

2.1. Ley de 1965 sobre la protección de los menores

Las primeras experiencias partieron de varias organizaciones sin ánimo de lucro una flamenca (Oikoten en Lovaina) y tres valonas (Arpège en Lieja, G.A.C.E.P. en Charleroi y Radian en Bruselas). Estas organizaciones trabajaban al amparo de la *Belgian Juvenile Justice Act 1965*, ley con una clara filosofía rehabilitadora¹¹⁸

La ley sobre justicia juvenil de 1965, *Loi relative à la protection de la jeunesse, à la prise en charge des mineurs ayant commis un fait qualifié infraction et à la réparation du dommage cause par ce fait*, está basada en el principio del interés superior del menor y se enmarca dentro de una clara filosofía rehabilitadora. Las primeras experiencias de mediación con jóvenes se basaron en su artículo 37.2b. Este precepto permite al tribunal ordenar al menor que realice medidas educativas o humanitarias (*Prestation éducative ou philanthropique*) como respuesta a su infracción delictiva¹¹⁹.

En el año 1980, la denominada *Loi spéciale de réformes institutionnelles* en su art. 5 par 1, II, 6 divide las competencias en materia de protección a la juventud entre las Comunidades y el Estado Federal. De tal manera que la legislación de protección queda en manos de las Comunidades, con

118 AERTSEN, *mediation in Belgium*.

119 M.B., 15/4/1965.

excepciones en algunos aspectos en materia civil (estatus del menor y su familia), penal (definición de medidas para infractores) y judicial (organización de juzgados, establecimiento de reglas procedimentales y tipos de medidas aplicables a jóvenes infractores)¹²⁰.

El Ministro Federal de Justicia sigue siendo el poder normativo en materia de justicia juvenil y los tribunales juveniles tienen rango federal y continúan estando sometidos a la normativa de dicho rango. Ahora bien, la ejecución de las medidas que impongan los tribunales a los menores, es ya competencia de las comunidades flamenca y valona, tanto en cuanto a la financiación como a la organización de medios necesarios al efecto. En este sentido, las Comunidades delegan en distintas organizaciones sin ánimo de lucro a las que avalan y financian. Algunas de las cuales utilizarán la mediación y otras modalidades de justicia restaurativa como método de resolución de conflictos.

La adjudicación de la competencia de ejecución a las Comunidades, tendrá como consecuencia que éstas pongan el énfasis en perspectivas distintas entre sí. La perspectiva adoptada por la Comunidad francófona prioriza el valor pedagógico y el aprendizaje de la responsabilidad, subrayando el valor educativo de la mediación. Por su parte, los proyectos desarrollados en la Comunidad flamenca siguen de forma más estricta los criterios clásicos restaurativos, y, por lo tanto, la reparación del daño causado a la víctima se sitúa como uno de los objetivos prioritarios¹²¹. Un programa conocido en este ámbito es el de *Provinciaal vereffeningfonds*, una especie de fondo solidario de reparación que permite que los menores puedan reparar ellos mismos los daños causados a las víctimas entrando en una especie de empréstito.

120 *M.B.*, 15/8/1980.

121 Sobre estos aspectos véase más ampliamente DE FRAENE/VANDENBROUCKE, *protection de la jeunesse*.

2.2. La reforma de 2006 de la normativa federal sobre menores infractores

Tras la promulgación de la ley de 1980, las comunidades fueron reformando aspectos propios de su competencia¹²². Sin embargo, la parte reservada al estado federal no se reformó hasta el 4 de mayo de 2006.

La reforma en 2006 de la *Loi du 15 mai 2006 modifiant la législation relative à la protection de la jeunesse et à la prise en charge des mineurs ayant commis un fait qualifié infraction*, vino precedida de una historia de casi 25 años de cambios puntuales y múltiples proyectos que no llegaron a ver la luz¹²³.

Finalmente, la reforma fue acelerada por la notoriedad que adquirió el caso "Joe Van Holsbeeck". El 12 de abril de 2006 un joven fue asesinado por arma blanca a plena luz del día en la Estación central de Bruselas. El ataque fue realizado por otro joven con el único fin de robarle un MP3. Este hecho fue precedido por una marcha silenciosa multitudinaria en la que se pedía, por un lado, mayor seguridad en las calles y por otra parte más dialogo con los infractores jóvenes.

Desde el principio se acordó la modificación conforme a dos leyes distintas que fueron a probadas de manera consecutiva una en mayo y otra en junio.

En primer lugar, la ley de 15 de mayo de protección a la juventud que modificó tanto el Código Penal como el Código de Instrucción Criminal¹²⁴. Esta ley trajo consigo cambios en numerosas leyes, fundamentalmente en la ley de protección a la juventud, Código de Instrucción Criminal, Código Penal y Código Civil. Siendo la modificación del artículo 37 de la ley de protección a la juventud, la que recogerá de manera fundamental lo relativo

122 M.B., 12/6/1991 y M.B., 7/4/1990.

123 Para más información sobre el largo proceso de reforma ver: NAGELS/DE FRAENE/CHRISTIAENS, *protection de la jeunesse*; BAESELEN/DE FRAENE, *protection de la jeunesse* y DE FRAENE/CHRISTIAENS/NAGELS, *mineurs délinquants*.

124 M.B., 2 juin 2006

a la justicia restaurativa en menores. Se añadirán los artículos 37bis, 37ter y 37 quáter.

Posteriormente, la ley de 13 de junio de 2006 que tuvo también como objetivo la protección de la juventud, pero que además, recoge medidas para los menores que hayan cometido una infracción¹²⁵. De esta amplia modificación, es de destacar el artículo 2 ya que va a modificar el propio nombre de la ley de 1965. Añade al título original una referencia a la reparación del daño quedando sustancialmente más largo. Pasará a llamarse: *Loi relative à la protection de la jeunesse, à la prise en charge des mineurs ayant commis un fait qualifié infraction et à la réparation du dommage causé par se fait*¹²⁶.

Unos meses después, el 13 de diciembre de 2006, se firma un Acuerdo de cooperación entre el Estado Federal y las Comunidades en donde se establece la organización y la financiación de las ofertas restaurativas¹²⁷. Posteriormente otras leyes completarán la presente regulación¹²⁸.

Atendiendo a lo costoso de la reforma y a la normativa adyacente a la misma, podemos hacernos una idea de la trascendencia y calado de la ley. Mientras que la ley de 1965 optó por una perspectiva pedagógica-rehabilitadora, la ley de 2006 combina un modelo sancionador con un modelo restaurativo. Incorpora los principios de la justicia restaurativa, pero al mismo tiempo introduce medidas punitivas separándose de esa forma de sus iniciales fundamentos pedagógicos. Busca el equilibrio entre la perspectiva rehabilitadora y sancionadora por lo que puede crear cierta confusión¹²⁹.

125 M.B., 19 juillet 2006

126 Traducción de la autora: "Ley sobre la protección de la juventud, custodia de menores que hayan cometido un crimen calificado de infracción y sobre la reparación del daño causado por ese hecho".

127 M.B., 13/7/2006.

128 P. ej. M.B., 8/3/2007.

129 VAN CAMP/DE SOUTER, *Restorative justice in Belgium*.

2.2.1. Requisitos básicos de las medidas restaurativas

Nos interesa detallar los requisitos del art. 37bis 1¹³⁰. Este precepto propone dos medidas restaurativas, la mediación y la concertación restaurativa grupal (conferencias), diferenciadas principalmente por el número de participantes. Los requisitos comunes de ambas prácticas tienen que ver con las garantías mínimas de carácter procesal.

A continuación, vamos a exponer los requisitos fundamentales recogidos en el mismo artículo ya citado, comenzando por la delimitación del órgano que puede decidir la puesta en marcha del procedimiento para ver posteriormente los presupuestos básicos.

2.2.1.1. Iniciativa del procedimiento reparador

El primer requisito es la iniciativa judicial para la puesta en marcha de los mecanismos de justicia restaurativa. Es el juez el único que puede decidir ofertar a las partes la participación en un proceso de mediación o concertación. Según el tenor de la ley, esta oferta es facultativa, por tanto, queda totalmente a su criterio.

No se indican criterios sobre la clase de delito, por lo que parece que será aplicable, en cualquier caso. Sorprende que no se expongan criterios para guiar la selección de supuestos, referidos por ejemplo al interés educativo del proceso de mediación; o concertación o a la naturaleza del delito.

130 Traducción de la autora de la autora del art. 37 bis 1, Para ver el artículo completo véase en "Selección de legislación belga citada" :

1. El juez o el tribunal podrá realizar una oferta restaurativa de mediación y de concertación restaurativa grupal si se cumplen las siguientes condiciones:
 - 1º existen indicios serios de culpabilidad.
 - 2º la persona sospechosa de haber cometido un acto calificado de infracción no niega su posible implicación en el acto.
 - 3º sea conocida la identidad de una víctima. La oferta restaurativa sólo podrá llevarse a cabo si las personas participan y se adhieren de manera expresa y sin reservas durante toda la mediación o durante toda la concertación restaurativa grupal.

De todas formas, no puede descartarse que sean las propias partes o el servicio de mediación quienes propongan la derivación de un caso al proceso de mediación, aunque será siempre el juez quien tenga la última palabra.

A continuación, veremos las condiciones que el juez deberá comprobar antes de realizar la oferta. Se trata de tres requisitos acumulativos, es decir tienen que darse los tres conjuntamente para que pueda aceptarse el procedimiento de medidas restaurativas.

2.2.1.2. Indicios de culpabilidad

La conducta delictiva atribuida al menor no podrá estar fundamentada en meras sospechas, deberá estar basada en datos objetivos que contengan una mínima posibilidad de comprobación y que permitan indicar serios indicios de autoría que el menor sea contra quien se dirige la denuncia. Indicios con entidad suficiente como para dar inicio a un procedimiento ya que la mediación sólo tiene sentido como alternativa a un procedimiento penal. Es decir, en ningún caso cabe la mediación para hechos perturbadores, o asociales que sin embargo no supongan la comisión de un delito. Por supuesto, cabrá este tipo de mediación en el ámbito educativo, pero no en la mediación penal. Hacemos referencia a este punto por el peligro histórico de confundir las funciones educativas con las funciones de atribución de responsabilidad y es que, aunque ambas puedan dar lugar a una respuesta restauradora, si no se trata de un delito no se podrá hablar de justicia restaurativa en sentido estricto.

Este requisito debe diferenciarse del siguiente punto, indicios de culpabilidad, pero desde la óptica del sujeto implicado.

2.2.1.3. Asunción implícita de participación

Concretamente el tenor legal considera suficiente que la persona no niegue su implicación. Es decir, no exige que se confiese responsable, pero si niega su implicación y reitera su inocencia no se podrá continuar.

Debe destacar que el artículo 37 *bis* 1, 2º alude a la “participación en el acto calificado de infracción”, como dentro de este término caben infracciones graves y menos graves, podemos decir que se refiere a cualquier tipo de conducta recogida en una ley penal.

2.2.1.4. Existencia de una víctima concreta

La ley dice que debe identificarse una víctima para que quepa la posibilidad de una mediación o de una concertación restaurativa grupal, ya que el procedimiento así lo exige. Se delimita, por tanto, la clase de infracciones que pueden ser objeto de mediación, ya que indirectamente se están excluyendo del ámbito de la mediación las infracciones sin víctimas. Por remitirnos a infracciones que pueden ser típicas de conductas de menores, pensemos en un menor que vende droga o en el delito de conducción temeraria de un vehículo de motor por la vía pública sin víctima. Pueden considerarse problemáticos, ejemplos de causación del daño en la vía pública de mobiliario urbano o de elementos de propiedad comunal. En estos casos, quizás podríamos hablar de una víctima colectiva pero no se daría el requisito de contar con una víctima identificada. Evidentemente cabe que la respuesta que imponga el juez sea la de la reparación comunitaria, una prestación o trabajo comunitario. En este caso, se trataría de sanciones reparadoras en línea con la filosofía restaurativa, pero sin un diálogo previo ya que sería el juez quien las impusiese directamente.

2.2.1.5 Voluntariedad expresa

Una vez se constata que se dan los requisitos básicos que permiten acceder a la mediación o a la concertación restaurativa, la propuesta que realiza el juez podrá seguir adelante sólo si las partes están de acuerdo. Dice textualmente el tenor legal, que la participación debe ser expresa y sin ninguna reserva, lo cual deberá constatarse al inicio del proceso, pero deberá mantenerse a lo largo de toda la mediación. Por lo tanto, si la voluntad de uno de los participantes quiebra o se separa, se dará por finalizado el proceso.

Lo particular, respecto a los adultos, es que por ser menores los implicados, también participarán quienes ostenten la patria potestad o la custodia. En este caso, sólo podrá prosperar el acuerdo de mediación si estos también dan su consentimiento. En una concertación restaurativa grupal quienes participan son un número mayor y, por lo tanto, la cuestión tiene mayor complejidad. En caso de que el entorno social o alguna de las personas designadas por la utilidad de su aportación, no estuviesen de acuerdo en participar, quedaría el recurso subsidiario de la mediación.

2.2.2. Modalidades de figuras restaurativas

Como se ha visto, el juez puede optar por la mediación o por lo que la ley denomina “concertación grupal”, más conocido como conferencias. No ofrece la ley criterios o indicaciones de selección de un modelo u otro, dependerá por tanto de la clase de delito y de la afectación de la comunidad. En la práctica, las conferencias se reservan para las infracciones más severas.

2.2.3. Efectos

El art. 37 *quáter*¹³¹ establece que, en caso de lograrse un acuerdo, éste será

131 Traducción propia del art. 37 *quáter*, para ver el artículo completo véase en “Selección de legislación belga citada” §1. Si la mediación o la concertación restaurativa grupal alcanzan un acuerdo, el acuerdo, firmado por la persona sospechosa de haber cometido un hecho calificado de infracción, por las personas que ejercen la patria potestad, así como por la víctima, será adjuntado al dossier judicial.

En el caso de la concertación restaurativa grupal, explicará que pasos concretos que dará para reparar los daños relacionales y materiales y los daños sufridos por la comunidad y para evitar otros en el futuro.

El acuerdo alcanzado deberá ser homologado por el juez o tribunal. Su contenido no podrá. El juez o tribunal sólo podrá rechazar la homologación si es contraria al orden público.

§2. Si la oferta restaurativa no finalizase con un acuerdo, las autoridades judiciales o las personas relacionadas con la oferta restaurativa no podrán utilizar en contra del joven ni el reconocimiento de la materialidad del hecho cualificado de infracción, ni el desarrollo o el resultado de la oferta restaurativa.

El servicio de mediación o de concertación restaurativa grupal realizará un sucinto informe sobre el desarrollo de la oferta restaurativa grupal y su resultado.

Dicho informe será sometido a la opinión de las personas previstas en el artículo 37bis, §2, párrafo 1º y §3, párrafo 2. Será adjuntado al dossier del proceso.

§3. Los documentos establecidos y las comunicaciones realizadas en el marco de una

adjuntado al dossier judicial. El acuerdo deberá ser homologado por el juez o tribunal quien no podrá modificar su contenido. El juez o tribunal sólo podrá negarse a la homologación en caso de que el acuerdo sea contrario al orden público. En todo caso, se deberá respetar la confidencialidad de los documentos establecidos, así como las comunicaciones realizadas en un procedimiento restaurativo.

Art. 37 *quinquies*¹³² por su parte, determina que el “Servicio de mediación” o el “Servicio de concertación restaurativa grupal” realizará un informe sucinto sobre la ejecución del acuerdo y lo enviará al juez o tribunal, así como al servicio social competente. Si la ejecución del acuerdo se produjese con anterioridad al fallo del juez o tribunal, se tendrá en cuenta tanto el acuerdo como su ejecución. Si, por el contrario, la ejecución del acuerdo se produjese después de la sentencia, el tribunal podrá rebajar la o las medidas definitivas impuestas, de acuerdo al artículo 60 de la misma ley. Artículo, en el que consta que el tribunal de la juventud podrá, en cualquier momento, sea de oficio o a petición del ministerio público revocar o modificar las medidas impuestas.

Si bien no se determina claramente el impacto que tendrá el acuerdo de mediación, la ley deja margen para una importante repercusión.

intervención del servicio de mediación o de concertación restaurativa grupal son confidenciales, con excepción de aquellos que las partes decidan poner en conocimiento de las autoridades judiciales. No podrán utilizarse en un procedimiento penal, civil, administrativo o arbitral ni en cualquier otro procedimiento destinado a resolver conflictos y tampoco serán admisibles como prueba, ni siquiera en el ámbito extrajudicial.

132 Traducción propia del art. 37 *quinquies*, para ver el artículo completo véase en “Selección de legislación belga citada”:

§1. *El servicio de mediación o el servicio de concertación restaurativa grupal realizará un sucinto informe sobre la ejecución del acuerdo y lo remitirá al juez o tribunal y al servicio social competente.*

§2. *Si la ejecución o el acuerdo de las modalidades previstas, tiene lugar antes de la pronunciaci3n del fallo, el tribunal deber3a tener en cuenta dicho acuerdo y su ejecuci3n.*

§3. *Si la ejecuci3n del acuerdo de las modalidades previstas tiene lugar tras la pronunciaci3n del fallo, el tribunal podr3a actuar sobre la base del art3culo 60 en vista a aligerar la o las medidas adoptadas contra de la persona que haya cometido un hecho cualificado de infracci3n.*

3. Ley de Mediación penal, 1994

Los orígenes de esta ley los encontramos en un plan político criminal que plantea profundas reformas en el sistema belga. Se trata de un Acuerdo del Gobierno Federal de 1992 en el que se establece *Un programme d'urgence sur les problemes de societe* (Plan de emergencia para problemas sociales) de alto alcance y con un triple objetivo: "integrar a Bélgica en la Unión Monetaria Europea, proseguir en el desarrollo de la estructura federal del estado y aportar una respuesta política a los nuevos desafíos de la sociedad y a las nuevas necesidades de los ciudadanos". Es este último grupo el que nos interesa en realidad porque hace referencia a elementos más amplios que la mediación. Se abordan las siguientes cuestiones: garantizar la seguridad de la ciudadanía, lograr una mayor equidad en la administración de la justicia, mejorar el control de la inmigración, dar un mayor impulso a la política medioambiental y abordar la necesidad de lograr una sociedad más solidaria.

El gobierno entiende que debe actuar rápidamente ante los problemas cotidianos de la ciudadanía. Para ello, y con objeto de restablecer una vida normalizada en las ciudades, se consideró prioritario hacer frente a la pequeña delincuencia. Con el fin de lograr ese objetivo se propusieron las siguientes medidas: fomentar la aplicación de penas alternativas, desarrollar iniciativas en materia de ayuda a las víctimas, acelerar el procedimiento de indemnización de víctimas de actos violentos y por últimos organizar un sistema de mediación penal para los pequeños delitos. Se abordan así mismo, otras medidas en relación a la lucha contra la droga, la mejora de la seguridad vial y medidas para hacer frente a la delincuencia de menores¹³³. Como vemos, la referencia a la mediación, queda integrada en un conjunto de medidas de actualización de la política criminal. Pero efectivamente, ya dos años después nos encontramos con una ley específicamente titulada "ley para la organización de un procedimiento de mediación penal".

133 Doc. Parl, Sénat, 224/1 S.E. 1991-1992

El 10 de febrero de 1994 se aprobó la ley para la organización de un procedimiento de mediación penal¹³⁴. La Exposición de Motivos de dicha ley hace expresa referencia al acuerdo de gobierno referido, en especial en lo concerniente a la necesidad de asegurar un juicio rápido en los casos de pequeña delincuencia. Se considera que las penas tradicionales, como son las multas o la pena de prisión, son inadecuadas para hacer frente a este tipo de delincuencia, ya que sus efectos pueden llegar a ser más nocivos que beneficiosos. Por otro lado, cuando se ejecutan, debido a los trámites procesales su imposición resulta tardía. Por todo ello, la ausencia de una reacción jurídica adecuada e inmediata, alimentaría en la opinión pública un sentimiento de impunidad. Según se expresa en la Exposición de Motivos, el verdadero peligro de este tipo de delitos residiría en que: “La autoridad de la ley en cuanto que reguladora de la vida en sociedad, acaba por ser minada por la ausencia de una reacción visible por parte de las autoridades encargadas de su aplicación”¹³⁵.

A continuación, expone que la organización de procedimientos rápidos, no resulta suficiente, si no va acompañada de otras formas de respuesta. La mediación penal ofrecería aquí una respuesta más visible y más adecuada a la situación conflictiva pidiendo la responsabilidad del afectado, aunque también de la otra parte. Por otro lado:

El procedimiento de mediación penal aspira a simplificar y acelerar la reacción social frente a la pequeña delincuencia, reacción que no debe ser necesariamente punitiva, siempre que sea reconocible. Tiende a reafirmar la confianza de los ciudadanos en el derecho y restablecer la credibilidad de la intervención judicial¹³⁶.

Los objetivos de búsqueda de mantenimiento del respeto a la ley coinciden plenamente con lo que la doctrina jurídica penal conoce como prevención general positiva. Es decir, una forma de prevenir la delincuencia mediante la confianza en el propio sistema jurídico y no por efecto ejemplarizante disuasorio, sino por efecto de integración social. Como es sabido, la reacción no debe ser

134 M.B., 27/4/1994.

135 M.B., 27/4/1994.

136 Doc. Parl., Sénat, 652/1, 1992-1993.

necesariamente punitiva ni para ser efectiva en la comunicación del mensaje reprobatorio, ni para lograr efecto disuasorio.

Dentro de este marco, el interés prioritario del legislador en la aplicación de la mediación, es su utilidad para agilizar y simplificar el proceso. El principal razonamiento para asumir el modelo de la mediación es por tanto el utilitario.

A continuación, vamos a analizar los rasgos básicos de este proceso en cuanto a estructura y a sus características más determinantes.

3.1. Estructura

Esta primera ley de mediación de adultos afecta únicamente a la ley procesal belga, concretamente se modifica el art. 216*bis* del Código de Instrucción Criminal, donde tradicionalmente se recogía la figura de *transaction*. Se incorporará un nuevo artículo, el art. 216*tet*. Ambos artículos quedan ubicados en el Capítulo III del Libro II Título I del Código de Instrucción Criminal que de ahora en adelante queda anunciado como “Disposiciones relativas a la extinción de la acción pública para ciertas infracciones mediante la realización de ciertas condiciones”, incorporando únicamente los dos artículos referidos. Ambos artículos, se recogen textualmente en el anexo por ser los dos muy prolíficos y casuísticos. Se incluye una traducción propia en castellano.

3.1.1 La Transacción

El art. 216 *bis*¹³⁷ del Código de Instrucción Criminal, recoge lo relativo a

137 Traducción propia art. 216 *bis* véase en “selección de legislación belga traducida”: §1. Cuando el fiscal considera que se debe aplicar únicamente una multa o una multa y la confiscación para una infracción que sea sancionable con una multa, una pena de prisión de un máximo de cinco años o por ambas, podrá proponer al autor de la infracción el pago de una suma a la Administración del impuesto sobre el valor añadido, del registro y de la posesión.

El fiscal fijará el modo y el plazo de pago. El plazo será de un mínimo de quince días y un máximo de tres meses; ese último plazo podrá ser prolongado hasta seis meses en caso de que las circunstancias particulares del delito así lo justifiquen.

La suma prevista en el primer párrafo no podrá ser superior al máximo de la multa prevista por ley,

la “transacción” (*Transaction*). La transacción penal es un procedimiento no judicial en el que el ministerio público propone al presunto autor, el pago de una suma de dinero como condición para la renuncia de la acción penal contra él. La transacción sólo podrá ser propuesta en los casos en los que lo determine la ley y únicamente a iniciativa del ministerio público.

multiplicada por las décimas adicionales, ni ser inferior a diez francos multiplicados por las décimas adicionales. En el caso de las infracciones previstas en el artículo 12, 1º, de la ley de 30 abril 1999 relativa al empleo de trabajadores extranjeros, al artículo 175, 2º del decreto real de 25 noviembre 1991 que contiene reglamentación sobre desempleo, a los artículos 15,2º o 16 de la ley de 16 de noviembre de 1972 sobre la inspección de trabajo, al artículo 11 § 2,3 y 4 del decreto real nº5 de 23 de octubre de 1978 en relación a la obligatoriedad de documentos sociales y al artículo 172, 1 y 2 de la ley programática de 22 de diciembre de 1989, la suma prevista en el párrafo primero no podrá ser inferior al mínimo previsto por las multas administrativas, recogidas en el artículo 1ºbis , 1º, a), 2º, b), 3º, 5º y 6º, de la ley de 30 de junio de 1971 sobre las multas administrativas aplicables en caso de infringir ciertas leyes sociales. En el caso de las infracciones previstas en la frase anterior, con excepción de aquellas previstas en los artículos 15, 2º y 16 de la ley de 16 de noviembre de 1972 sobre la inspección de trabajo, el importe previsto en el párrafo 1 se multiplicará por el número de trabajadores por los que se determina la infracción. La suma prevista en el primer párrafo para las infracciones previstas en la segunda frase del presente párrafo, no podrá ser inferior al 40% del mínimo de las multas administrativas previstas o, en los casos en el que se trate de infracciones previstas en el artículo 12, 1º de la ley de 30 de abril de 1999 relativa al empleo de trabajadores extranjeros, ser inferior al 80% del mínimo de la multa administrativa prevista.

Cuando la infracción haya requerido gastos de análisis o peritaje, la suma fijada podrá ser aumentada por el importe de los gastos o por una parte de los mismos; la parte de la suma pagada para cubrir esos gastos será atribuida al organismo o persona que los ha expuesto.

El fiscal invitará al autor de la infracción punible con a una confiscación a abandonar en el plazo por él establecido, los objetos decomisados o, si todavía no lo han sido, a entregarlos en el lugar establecido.

Los pagos, el abandono y la entrega efectuados en el plazo indicado extinguen la acción pública.

Los encargados de la Administración del impuesto sobre el valor añadido, el registro y el dominio informaran al fiscal sobre el pago efectuado.

§2. La competencia otorgada al fiscal en el párrafo 1 no podrá ser ejercida cuando el caso haya sido sometido a un tribunal o cuando se haya requerido al juez de instrucción que instruya la causa.

§3. La facultad prevista en el párrafo 1 corresponde también, para las mismas infracciones, a los auditores de trabajo, y a las personas previstas por los artículos 479 y 483 del Código de Instrucción Criminal, así como al fiscal general ante el tribunal de apelación.

§4. El daño eventualmente causado a un tercero deberá ser completamente reparado antes de que pueda ser propuesta la transacción. Sin embargo, esta también podrá ser propuesta, si el autor ha reconocido por escrito su responsabilidad civil por el hecho causante del daño, y si presenta una prueba de la indemnización de la parte no discutida del daño y de las modalidades de su pago. En todo caso, la víctima podrá hacer valer sus derechos frente a un tribunal competente. En ese caso, la aceptación de la transacción por el autor constituye una presunción irrefutable de su culpa.

§5. Las propuestas previstas en el presente artículo se harán por carta certificada en correos o por un aviso entregado por medio de un agente de la fuerza pública.

Se trata de un acuerdo entre el acusador público y el infractor. No vamos a extendernos más, ya que se trata de un ejercicio del principio de oportunidad, condicionado al pago de una especie de multa anticipada.

3.1.2. La Mediación

El procedimiento de mediación penal en adultos se incorpora a la ley belga por primera vez gracias al art. 216^{ter} del Código de Instrucción Criminal. Este será posteriormente modificado por la ley de 7 de mayo de 1999¹³⁸ que crea las *maisons de justice*, así como por la ley de 17 de abril de 2002 y la ley de 22 de junio de 2005¹³⁹.

Tal y como expone la Exposición de Motivos, la mediación penal también es concebida como una transacción con la diferencia de que, si bien el art. 216^{bis} no ofrece más que una sola solución, el pago voluntario de una multa llamada transaccional, el art. 216^{ter} ofrece la posibilidad de otras soluciones. Soluciones que serán estudiadas en un contacto personalizado entre el acusado, el magistrado y eventualmente la víctima.

3.2. Características

Para que pueda realizarse una mediación es necesario que se cumplan una serie de requisitos:

— **Iniciativa de la mediación.** En primer lugar, la iniciativa se restringe al ministerio público. Sólo la fiscalía podrá decidir si considera conveniente la puesta en marcha de este procedimiento (216^{ter}, 1, 1º)¹⁴⁰.

138 M.B., 29/6/1999.

139 M.B., 27/7/2005.

140 Traducción propia: art. 216^{ter} 1, 1º, para ver el artículo completo véase en “Selección de legislación belga citada”:

§1. El fiscal podrá, sin perjuicio del poder que le atribuye el artículo 216^{bis}, convocar al infractor, en caso de que el hecho cometido no deba ser sancionado con una pena de prisión superior a de dos años o con una pena más severa, le podrá invitar a indemnizar o reparar el daño causado y a presentar una prueba. Si procede, el fiscal convocará igualmente a la víctima y organizará una

— **Ámbito de aplicación por gravedad de los delitos.** La mediación penal, sólo podrá ser utilizada en los casos en los que el delito en cuanto a su gravedad vaya a ser castigado con una pena no superior a dos años de prisión (art. 216ter, 1, 1º).

En este caso, el artículo se refiere a la pena concreta, por lo que la pena abstracta, es decir la pena prevista por ley puede ser mayor. La mediación podría entonces ser aplicada, al menos teóricamente, para todas las infracciones en las que la pena de prisión no supere los 15 a 20 años ya que este tipo de pena podría quedar reducida a 1 año de prisión tal y como determina el artículo 80 del Código Penal¹⁴¹ dentro del capítulo IX sobre circunstancias atenuantes¹⁴².

— **Limitación temporal.** Una vez que haya comenzado el proceso, el fiscal perderá la oportunidad de proponer una mediación (art. 216ter 5)¹⁴³.

— **Acuerdo y aceptación.** El presunto autor de la infracción deberá estar de acuerdo en la aplicación del procedimiento y deberá aceptar las condiciones impuestas. Puesto que en el fondo se trata de una transacción, no requiere la aceptación de la víctima por el momento (art. 216ter 4)¹⁴⁴.

— **Compromiso de pago.** El acusado deberá comprometerse a pagar los gastos de análisis o de expertos en el plazo fijado por el fiscal (art. 216ter 2)¹⁴⁵

mediación sobre la indemnización, así como sobre sus modalidades.

141 Traducción de la autora:

142 BOSLY/VANDERMEERSCH/BEERNAERT, *Procedure Pénale*, p. 304.

143 Traducción propia, art. 216ter 5, véase en “selección de legislación belga traducida”: § 5. *Serán de aplicación los párrafos 2 y 3 del artículo 216 bis*.

144 Traducción propia: §, art. 216ter 4, véase en “selección de legislación belga traducida”: *Cuando el autor de la infracción haya satisfecho todas las condiciones aceptadas, la acción pública quedará extinguida.*

La extinción de la acción pública no supondrá ningún perjuicio a los derechos de las personas que tengan subrogados los derechos de las víctimas o a las víctimas que no hayan sido parte del proceso previsto en § 1 en relación a ellos, la responsabilidad del autor de la infracción se presume de manera irrefutable.

145 Traducción propia art. 216ter 2, véase en “selección de legislación belga traducida”:

y deberá abandonar previamente los objetos susceptibles de confiscación especial (art. 216ter 3)¹⁴⁶.

3.2.1. Compromisos del infractor: modalidades

En el marco de la mediación penal se recogen cuatro medidas distintas. Las dos primeras medidas hacen referencia a la víctima mientras que las otras dos implican solamente al presunto autor. Podrá ser de aplicación una sola de las medidas o varias:

- a) **La reparación del daño.** El fiscal podrá proponer al presunto autor de una infracción la indemnización o reparación del daño causado (art. 216ter 1. 1º).
- b) **La mediación entre el presunto autor y la víctima.** Si procede, el fiscal podrá convocar al presunto autor de la infracción, así como a la víctima y organizar una mediación sobre la indemnización y sobre la manera elegida para llevarla a cabo (art.216ter 1, 1º).
- c) **El tratamiento médico.** El fiscal también podrá proponer un tratamiento médico en los casos en los que el autor de la infracción, alegue como causa de la comisión de la infracción alguna enfermedad o una dependencia al alcohol o estupefacientes. Dicho reconocimiento de enfermedad o de dependencia deberá realizarse de forma espontánea, el fiscal no podrá proponerlo, aunque asuma que existe algún problema de ese tipo¹⁴⁷. Podrá seguir un tratamiento médico u otro tipo de terapia y deberá presentar una prueba de ello en un tiempo no superior a seis meses (art. 216ter 1, 2º).

§2. Cuando la infracción haya dado lugar a gastos de análisis o de peritaje, las medidas recogidas en § 1 sólo podrán ser propuestas si el autor asume el pago de los gastos en el plazo fijado por el fiscal.

146 Traducción propia art. 216 ter 3, véase en "selección de legislación belga traducida": **3.** Cuando pueda ser aplicada una confiscación especial, el fiscal invitará al autor de la infracción a abandonar en un plazo determinado, los objetos embargados que le pertenezcan; si estos no han sido embargados, el fiscal podrá proponer al autor que los entregue en un lugar determinado.

147 DEMANET, *La médiation pénale*.

El presunto autor será quien deba apelar a la conexión entre la infracción y la patología. Los tratamientos podrán ser diversos: seguimiento psiquiátrico, seguimiento psicológico, cura de desintoxicación en un centro residencial u ambulatorio...¹⁴⁸.

- d) **El trabajo de interés general y la formación.** Otra de las medidas previstas, es la realización de un trabajo de interés general o el seguimiento de una formación concreta por un máximo de 120 horas en un plazo máximo de seis meses (art 216ter 1,3º y ss).

La posibilidad de proponer la realización de un trabajo de interés general en el marco de la mediación penal, fue suprimida por ley el 17 de abril de 2002 instaurando la pena de trabajo como una pena autónoma. Sin embargo, será reinstaurado el 22 de junio de 2005 lo que implicará la modificación del artículo 216ter del Código de Instrucción Criminal¹⁴⁹.

3.2.2. Órganos de la mediación

Con el fin de poder implementar la mediación penal, se creó un nuevo organigrama de profesionales formado por los siguientes órganos:

- **Consejero/a de mediación (*Conseiller en mediation*):** su función es asistir en el desarrollo de la política de mediación. Los consejeros realizan la evaluación, coordinación y la supervisión de la aplicación de la mediación penal. Asimismo, deben ayudar a los asistentes de mediación con los problemas que les puedan surgir en la realización de sus funciones (art. 2 y 3)¹⁵⁰.
- **Asistente/a de mediación (*Assistant en mediation*):** es la persona que lleva a cabo materialmente el proceso de mediación. Realiza esta labor en colaboración y bajo la supervisión del fiscal (art. 2)¹⁵¹.

148 BOSLY/VANDERMEERSCH/BEERNAERT, *Procedure Pénale*, p. 306

149 BOSLY/VANDERMEERSCH/BEERNAERT, *Procedure Pénale*, p.334.

150 M.B., 1/11/1994.

151 M.B., 1/11/1994.

—En cada juzgado de primera instancia se asigna un **Magistrado/a de contacto (*Magistrat de liaison*)**, él es el responsable de seleccionar los casos destinados al proceso de mediación y de realizar la última sesión de la mediación.

El proceso da comienzo cuando el fiscal convoca a las partes a un proceso verbal en el que se les informará de las condiciones de la mediación y sus modalidades de ejecución (art. 5). Cuando termina la mediación el asistente de mediación deberá enviar un informe al fiscal (art. 8). Al término de la mediación o cuando proceda se realizará un nuevo proceso verbal (art. 9).

3.2.3. *Maisons de justice y sus funciones*

El 13 de junio de 1999 se crean las *Maisons de justice* mediante decreto real. Según el artículo segundo del decreto, en lo sucesivo serán responsables de ejecutar lo establecido en el artículo 216^{ter} del Código de Instrucción Criminal¹⁵². Entre sus numerosas funciones se encuentra con la responsabilidad de llevar a cabo “informes sociales” sobre la situación familiar en casos de conflicto, la patria potestad o alojamiento de menores. Así mismo, en el ámbito penal realizarán “informes sociales” en los casos en que se decida establecer medidas alternativas a la pena. En la misma medida, son responsables de atender a las personas en libertad condicional. Deben controlar que las condiciones impuestas sean respetadas, analizar las posibles medidas de reinserción y tener en cuenta siempre el interés de las víctimas. Por otro lado, cumplen con la función de “primera acogida”. Los asistentes judiciales deben dar información sobre cuestiones relacionadas con el derecho penal, así como con otras cuestiones en relación al proceso de divorcio. En el caso de que existan dudas respecto a otros ámbitos jurídicos, realizarán derivaciones a servicios especializados externos. También son responsables de la acogida a las víctimas. En este caso, se les ofrecerá toda la información necesaria sobre su caso y se les prestará asistencia, tanto en el proceso como en la fase de ejecución de la pena. Además, desarrollan programas con el fin de dar visibilidad a la víctima en el sistema judicial. Por último, las *Maisons de justice* posibilitan acuerdos de colaboración

152 M.B., 29/6/1999.

con sectores parajudiciales y promueven las medidas alternativas a la pena y los medios alternativos de resolución de conflictos¹⁵³.

En la actualidad, Bélgica cuenta con 28 *maisons de justice*, una por cada partido judicial. Desde 2007 dependen de una dirección única dentro del servicio público federal de justicia (*Direction générale des maisons de Justice*).

3.2.4. Efectos jurídicos de la mediación

En caso de que la mediación penal llegue a buen término y el autor cumpla con todas las condiciones previamente aceptadas, la acción pública quedará definitivamente extinguida (art 216ter, 4). No se trata de una mera aplicación del principio de oportunidad, no se trata del archivo del caso, sino de la extinción de la acción pública que propiamente no ha sido ejercitada en ningún momento. Pero en absoluto se extingue la acción civil para la responsabilidad civil. Los derechos de las víctimas quedarán garantizados aun cuando no hayan sido parte de la mediación puesto que se mantiene abierta la vía de la acción civil, supuesto que podrá ocurrir ya que se realice una mediación sin la participación de todas las partes implicadas.

La víctima o las personas que hayan subrogado sus derechos y no hayan sido parte de la mediación tendrán la posibilidad de ejecutar una acción civil. En el marco de esta acción, la responsabilidad del autor se presume irrecusablemente (216ter, 4).

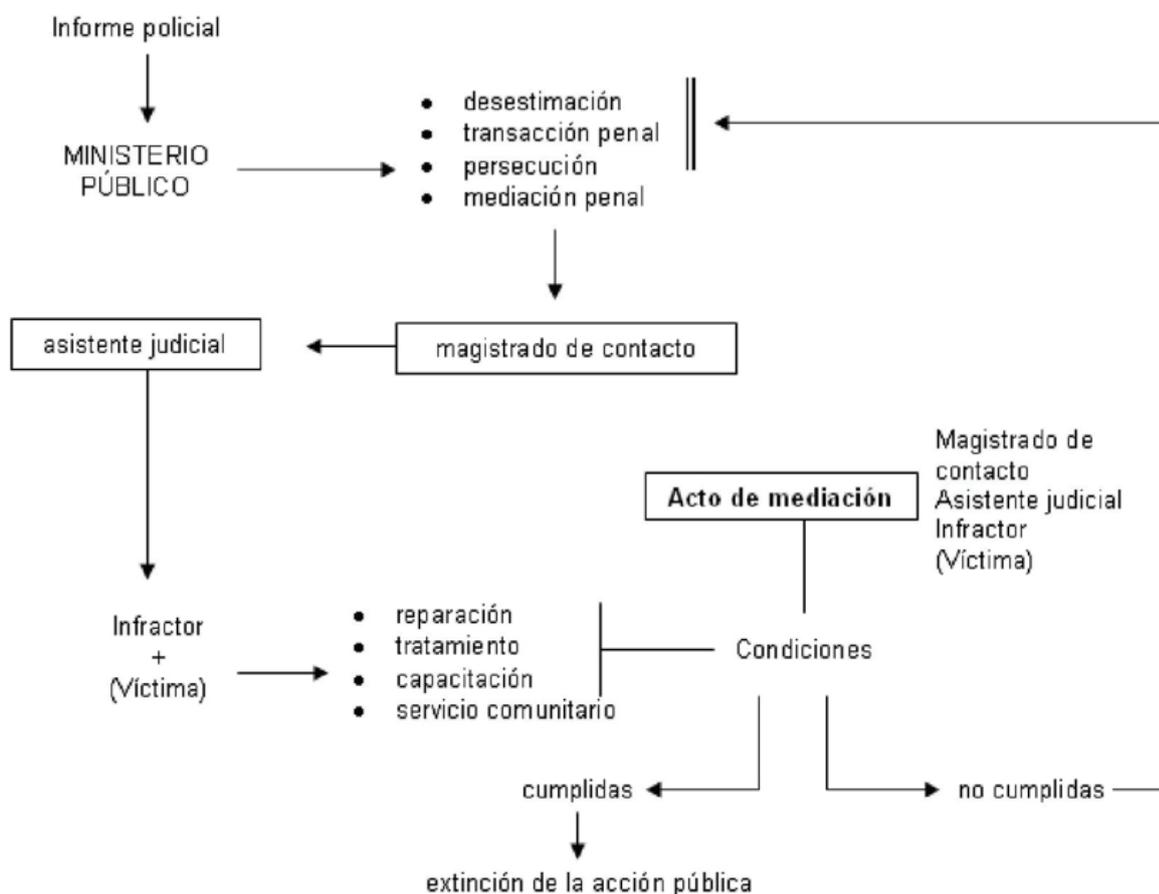
Si la mediación penal no logra un resultado satisfactorio, el ministerio público estará de nuevo en posición de decidir si abre o no diligencias procesales penales. En el caso en el que decida dar curso al proceso penal, la declaración de la gravedad del delito estará limitada por la valoración que hizo al inicio para establecer la propuesta de mediación. Por lo tanto, no podrá pedir una pena de prisión superior a dos años de cárcel¹⁵⁴.

153 SERVICE PUBLICQUE FEDERAL DE JUSTICE, *La justice en Belgique*, p. 21.

154 DEMANET, *La médiation pénale*, p. 903.

Se reproduce a continuación el cuadro que ofrece AERTSEN en el que gráficamente muestra las conexiones entre los distintos órganos y la secuencia de la mediación. Permite una visión global sintética y a la vez completa del proceso de mediación y sus consecuencias.

Grafico 2: Procedimiento de la mediación penal (art. 216ter, Código de instrucción criminal)



Fuente: AERTSEN, *médiation Belgium*, p.169.

3.3. Valoración doctrinal

La adopción del proceso penal de mediación ha sido criticada por la doctrina respecto a diversos aspectos de la misma. En primer lugar, aunque sea una crítica menor, se cuestiona la propia denominación de la ley. Tal y como señala la doctrina, la mediación es sólo una de las cuatro posibilidades que ofrece la ley, por lo tanto, no es del todo correcto el nombre establecido para la ley, ya que la “mediación penal” es sólo una de las opciones.

Otra de las críticas más comunes se proyecta sobre el peso central del aspecto económico en las previsiones de la ley. Efectivamente, el fiscal puede dar paso a una mediación entre el delincuente y la víctima, pero los contenidos del acuerdo quedan reducidos a la indemnización y por ello, algunos autores como DE FRAENE y MARY, denuncian que se vacía de significado el proceso de mediación¹⁵⁵. El objetivo de pacificación social propio de la mediación quedaría relegado dándole al conflicto un aspecto casi en exclusiva financiero.

Ya en el año 1997 aparece publicada una evaluación realizada por los “consejeros de mediación” sobre la implementación de la mediación penal entre 1994 y 1995¹⁵⁶. Destacan como rasgo general la buena acogida de la mediación. Desde el comienzo, el número de casos experimentó un rápido aumento por parte de los operadores jurídicos¹⁵⁷. A pesar de que comparten la idea de que el nombre de la ley no es el adecuado, se constata que el grueso de los asuntos tratados a través del artículo 216ter serán solucionados a través de la mediación. Los datos que manejan se refieren a todo el territorio belga. No obstante, las personas evaluadoras han podido constatar que existían grandes variaciones entre los diferentes distritos, no sólo en términos cuantitativos, sino que también en el criterio de selección de los casos y en la manera de entender el concepto de la mediación. Asimismo, también señalan que en muchos casos

155 Vid. DE FRAENE/ MARY, *sanctions et mesures*.

156 Vid. HANOZIN/PIERS/VAN BOVEN/VANEMPTEN/VANESTEN, *evaluation de sa mise en application*.

157 En un periodo de 13 meses 5393 casos fueron enviados a mediación. Lo que demuestra el rápido desarrollo de la mediación y el gran interés despertado.

se ha podido apreciar que la fiscalía venía considerando la mediación penal como una medida “blanda” y que por ello a menudo se combinaba con otras medidas para incrementar su carácter punitivo.

Como se ha dicho, la ley permite aplicar la mediación a un amplio número de delitos. Sin embargo, los consejeros constatan que se aplica casi de manera exclusiva a delitos muy leves. Lo cual, como critican los evaluadores, conduce al peligro ya advertido de caer en uno de los mayores riesgos que entraña la mediación penal esto es, la expansión del derecho penal. A través de una aplicación del derecho a casos nimios no se reduce la intensidad de la actuación de la justicia penal, sino que lo que se produce es una expansión del control penal al llevar ante una mediación penal asuntos que de otra forma podrían haber sido archivados¹⁵⁸. De hecho, se aumenta la intervención, que si bien no es estrictamente punitiva está conectada al sistema penal, puesto que éste entra en juego en caso de incumplimiento. En definitiva, la tendencia del sistema penal ha sido hacer un uso muy prudente y muy contenido de las posibilidades que ofrece la ley.

158 HANOZIN/PIERS/VAN BOVEN/VANEMPTEN/VANESTEN, *evaluation de sa misse en application*.

4. Ley sobre la oferta general de mediación, 2005

Por ley de 22 de junio de 2005, titulada *loi du 22 juin 2005 introduisant des dispositions relatives à la médiation dans le Titre préliminaire du Code de procédure pénale et dans la Code d'instruction criminelle*, a la que vamos a llamar segunda ley de mediación y que entró en vigor el 31 de enero de 2006, se introducen cambios legislativos en el Código de Enjuiciamiento Penal, así como en el Código de Instrucción Penal. Sin embargo, la nueva ley no afecta a los preceptos referidos, no modifica el anteriormente estudiado artículo 216ter del Código de Instrucción Penal, incorporado por la ley de 1994, si no que va a ampliar considerablemente el uso de la mediación penal. Concretamente establece la posibilidad de hacer uso de la mediación una vez iniciado el proceso, en cualquier momento del desarrollo del mismo e incluso con posterioridad en la ejecución de la pena.

Con la aprobación de la ley de 2005, el derecho penal belga dispone de dos procedimientos complementarios en relación a la mediación. Un primer modelo, que se reserva al estadio anterior al procedimiento, ubicado en el marco del principio de oportunidad y condicionado a ciertos requisitos, que es el examinado anteriormente y es conocido por la doctrina como "mediación penal"; y un segundo modelo, que entra en juego en estadios procesales subsiguientes. En este último caso propiamente se trata de una mediación intraprocesal y se le conoce como "mediación para la reparación" o "mediación restaurativa". La doctrina belga suele designar esta convivencia como de procedimientos paralelos, si bien parece más acertado hablar de procedimientos subsidiarios ya que sólo tiene entrada el segundo modelo si en el caso concreto no se ha podido aplicar el primero.

El artículo 216ter establecía, como hemos visto, una competencia específica del fiscal en el marco del principio de oportunidad, y con la consecuencia de la extinción de la acción pública, siempre que el autor hubiera cumplido con las condiciones previamente aceptadas. Sin embargo, el procedimiento incorporado por la ley de 2005 va a depender de la iniciativa de las partes y deberá ser

gestionado por servicios de mediación independientes del sistema de justicia penal¹⁵⁹.

Tal y como consta en la Exposición de Motivos¹⁶⁰, el concepto de mediación utilizado por la nueva ley está inspirado por la definición de la mediación recogida en la Recomendación (99) 19 del Consejo de Europa, así como por la Decisión Marco de 15 de marzo de 2001 sobre la posición de las víctimas en materia penal, a ambas disposiciones nos hemos referido con anterioridad. Concretamente en el punto 1.3¹⁶¹.

La ley se aprueba después de una experiencia de 10 años, estimulada por el elenco de las declaraciones supraestatales en esta materia. La ley de 2005 describe la mediación como un proceso que permite que las personas implicadas en un conflicto puedan tener una participación voluntaria y activa en el proceso, de manera completamente confidencial, y con la ayuda de una tercera parte neutral, y siguiendo una determinada metodología. Su objetivo es facilitar la comunicación y ayudar a las partes a que ellas mismas lleguen a un acuerdo sobre las condiciones y modelos que permitan la conciliación y la reparación¹⁶².

4.1 Estructura normativa

La reforma afectará a dos normas, concretamente al Código de Procedimiento Penal y al Código de Instrucción Penal. En el título preliminar del Código de Procedimiento Penal se incorporarán los principios de la mediación mientras que en el Código de Instrucción Penal el título IV del libro II pasará a llamarse "De la mediación" (*De la mediation*). Dicho título, constará de tres artículos el 553, 554 y 555. El primero de ellos establece las condiciones generales que vamos

159 BOSLY/VANDERMEERSCH/VEERNAERT, Procedure Pénale.

160 Doc. Parl., Sénat doc. 51 1562/001, p. 4.

161 La Decisión Marco se ha visto superada por por la Directiva de 25 de octubre de 2012/29/UE.

162 M.B., 27/7/2005.

a analizar con más detalle. Los otros dos preceptos, se refieren a cuestiones organizativas y a principios procedimentales.

4.2. Características del proceso de mediación

Brevemente conviene hacer referencia a los rasgos más destacados del nuevo procedimiento de mediación, propiamente la mediación intraprocesal.

4.2.1. Iniciativa de la mediación y sujetos

El artículo 553. 1 del Código de Instrucción Penal¹⁶³, así como el artículo 3^{ter} del Código de procedimiento penal, establecen que toda persona que tenga un interés directo podrá formular una demanda de mediación al servicio de mediación correspondiente. Del mismo modo, en la exposición de motivos, se detalla que la ley prevé una oferta general de mediación a toda persona implicada en el procedimiento penal, independientemente de su estatus legal como parte civil. Se entenderán como “personas implicadas” aquellas para las que la infracción ha supuesto un ataque directo a su integridad física, psicológica o emocional, por ejemplo, en el caso de los padres o de la pareja de una víctima o de un infractor ya que a pesar de que no tengan un estatus determinado por ley en el proceso penal, la posibilidad de participar en una mediación les permitirá conocer mejor el conflicto¹⁶⁴.

Lógicamente, como aquí no se trata de una mediación que pueda producir el archivo de la causa, sino que el proceso continúa, no es necesario limitar la iniciativa a la participación del juez o del fiscal.

163 Traducción propia art.553.1: Con reserva del artículo 216^{ter} del presente Código, toda persona que tenga un interés directo, puede formular una demanda de mediación en todas las fases del procedimiento penal y de la ejecución de la pena.

164 LEMONNE, *entre idéalisme et pragmatisme*.

Ahora bien, tanto el fiscal como los jueces velarán para que las partes implicadas sean informadas, y también cuando consideren oportuno podrán ellos mismos proponer la mediación (art 553.2)¹⁶⁵.

4.2.2. Modalidades por el momento procesal

La posibilidad de utilizar la mediación en todas las fases del proceso y para todo tipo de delitos implica que su significado sea necesariamente distinto. A pesar de que no consta ninguna especificidad sobre cómo debería reflejarse en la pena, parecería lógico que tal y como plantea GARRO CARRERA, se tuviesen en cuenta elementos como la gravedad de la conducta, la entidad de la conducta dirigida a la reparación, el esfuerzo por reparar, la voluntariedad del comportamiento, el momento temporal en que se produce la reparación y el alcance del contenido de la reparación¹⁶⁶.

4.2.3. Confidencialidad

La importancia de garantizar el principio de confidencialidad, queda patente en la regulación de artículo 555 del Código de Instrucción Criminal¹⁶⁷.

165 Traducción propia art.553.2: 2. El ministerio público, el juzgado de instrucción, las jurisdicciones de instrucción y el juez velaran porque las partes implicadas en un procedimiento judicial de mediación sean informadas de la posibilidad de solicitar una mediación. Por ello, cuando estimen oportuno podrán ellos mismos proponer una mediación a las partes.

166 Vid. GARRO CARRERA, *Reparación del daño*.

167 Traducción propia art. 555 véase en “selección de legislación belga traducida”:

1. Los documentos y las comunicaciones realizadas en el marco de la intervención de un mediador son confidenciales, con excepción de los que las partes consientan poner en conocimiento de las autoridades judiciales. No podrán ser utilizados en un procedimiento penal, civil, administrativo o arbitral ni en cualquier otro procedimiento que tenga como objetivo la resolución de conflictos, tampoco serán admisibles como prueba ni siquiera como testimonio extrajudicial.

2. Los documentos confidenciales que hayan sido comunicados o los que estén en parte basado en la violación de la obligación de secreto, serán desestimados de oficio.

3. Sin perjuicio de las obligaciones que establezca la ley, el mediador no podrá hacer públicos los hechos que haya conocido en el desarrollo de sus funciones. No podrá ser llamado como testigo en un procedimiento penal, civil, administrativo o arbitral ni en cualquier otro procedimiento relativo a los hechos conocidos en el transcurso de una mediación. Al mediador se le aplicará el artículo 458 del Código Penal.

Los mediadores quedan sujetos al secreto profesional recogido en el artículo 458 del CP y en los documentos y las comunicaciones realizadas en el marco de un proceso de mediación son confidenciales. Por tanto, no podrán ser utilizados en ningún procedimiento judicial o extrajudicial ni como prueba ni como testimonio extrajudicial. En caso de que se violase esta norma, serán desestimados de oficio. Por su parte el mediador no podrá comunicar lo conocido en el proceso ni tampoco ser llamado como testigo.

La única excepción prevista en relación a la obligación de secreto en el proceso de mediación se da cuando las partes deciden libremente comunicar a las autoridades judiciales algunos de los asuntos abordados. Puede tratarse de elementos vistos en la mediación o del acuerdo al que se ha llegado por las partes en el proceso.

4.2.4. Asistencia técnica

El artículo 553.3 del Código de Instrucción Criminal¹⁶⁸ prevé expresamente la posibilidad de que las partes sean asistidas por un abogado, pero no representadas. A pesar de que en el proceso de mediación la participación de las partes sea de manera activa sin intermediarios, los letrados juegan un rol importante asesorando a las partes ya que debemos tener en cuenta que las decisiones adoptadas repercutirán en el proceso penal y en la decisión de la pena.

4.2.5. Efectos

Al tratarse de una mediación intraprocesal interesa conocer qué efecto tendrá la mediación en la sentencia judicial.

El juez deberá mencionar en la sentencia de “una manera que puede ser sucinta, pero debe ser precisa” el acuerdo transmitido por las partes¹⁶⁹. Por ello,

168 Traducción propia art. 553.3 véase en “selección de legislación belga traducida”: 3. La demanda de mediación se dirigirá a un servicio previsto en el artículo 554.1. Ese servicio podrá informar al fiscal de la demanda y solicitar si procede autorización para acceder al expediente.

169 LEMONNE, *entre idéalisme et pragmatisme*.

la ley de mediación de 2005 incorpora al artículo 163 y al 195 de Código de Instrucción Criminal¹⁷⁰ el siguiente párrafo: “Si los elementos de la mediación son puestos en conocimiento del juez de acuerdo a lo establecido en el artículo 555, 1. del Código de Instrucción Criminal. El juez podrá tener en cuenta y mencionarlo, si procede, en la sentencia” (art. 162 y 195).

Se abre, por tanto, una vía para que el juez a la hora de fijar la pena, tenga en cuenta el acuerdo de mediación o los elementos que hayan sido aportados. Sin embargo, queda totalmente a criterio del juez el efecto, incluso pudiera suceder que no tuviera efecto alguno. Parece lógico pensar que se atenderá a la entidad del acuerdo, a su significado comunicativo, al momento procesal en el que tenga lugar la mediación, a la gravedad del delito y al esfuerzo reparador realizado. Ciertamente por seguridad jurídica, sería interesante que hubiera algún marco legal que sirviese para objetivar el valor normativo de la mediación.

El sistema penal belga, cuenta con un importante margen de flexibilidad a la hora de determinar las penas. El sistema de circunstancias atenuantes es abierto y muy amplio lo que permite limitar mucho las penas en principio muy severas (art.79-85 del Código Penal). Una de las razones que explican esta laxitud es que, de esa forma, se evita que numerosos asuntos sean enjuiciados por un jurado, pensado únicamente para los casos más serios y considerado un proceso muy complicado¹⁷¹. Al no haber un listado cerrado de atenuantes, resulta prácticamente imposible determinar la influencia concreta del acuerdo de mediación en la sentencia ya que a pesar de que el resultado de mediación sea tomado en cuenta, por lo general, su repercusión no se argumenta de manera independiente.

170 El artículo 163 establece que toda sentencia condenatoria deberá ser motivada, mientras que el artículo 195 hace referencia a la obligación de que toda sentencia condenatoria recoja los hechos por los que las personas son juzgadas culpables o responsables, así como la pena impuesta, las condenas civiles y el precepto legal aplicado.

171 VERBRUGGEN/FIJNAUT, *the challenge of organised crime*.

4.2.6. Servicios de Mediación

El artículo 554.1 determina que los responsables de llevar a cabo el proceso de mediación analizado serán los servicios de mediación¹⁷². Estos deberán contar con el reconocimiento del ministerio de justicia.

El 26 de enero de 2006 mediante decreto real se establecen los criterios de funcionamiento de los servicios. Deberán ser asociaciones sin ánimo de lucro cuyo fin principal sea la mediación. Deberán así mismo, contar con un equipo multidisciplinar y a los profesionales se les ofrecerá formación continua. Por último, se determina la obligatoriedad de firmar el código deontológico establecido por la Comisión Deontológica de Mediación y contar con locales adecuados. En el mismo decreto se especificarán los pasos necesarios para el reconocimiento de los servicios y las obligaciones de los servicios. Debe destacarse por su carácter de garantía procesal, la obligatoriedad de motivar todo rechazo de una demanda de mediación¹⁷³.

Finalmente, la organización *Médiate* será la responsable de ofrecer el servicio de mediación de la comunidad francófona y la organización *Suggnomè* atenderá a la comunidad flamenca¹⁷⁴.

172 Traducción propia art. 554.1 véase en "selección de legislación belga traducida": *1. Los mediadores forman parte de un servicio de mediación que cuenta con el reconocimiento del Ministerio de Justicia. Los criterios de reconocimiento los establece el Rey mediante decreto deliberado en el Consejo de Ministros y determinan la personalidad jurídica del servicio, sus actividades, su composición pluridisciplinar y la obligación de prever de una formación adaptada y un apoyo especializado. Además, el Rey establecerá mediante decreto deliberado en el Consejo de Ministros los procedimientos de control, de suspensión y de retracto del acuerdo, así como la organización de la financiación de los servicios.*

173 M.B., 1/2/2006.

174 Más información sobre las dos organizaciones en sus respectivas páginas web: <http://www.mediate.be> y <http://www.suggnome.be>

4.2.7. Comisión deontológica

El artículo 554.2¹⁷⁵ determina que el Servicio Público Federal de Justicia creará una “Comisión deontológica de mediación” (*Commission déontologique médiation*) que tendrá por objetivo elaborar y actualizar un código deontológico en materia de mediación, así como garantizar el seguimiento de los problemas deontológicos que pudieran surgir.

También el 26 de enero de 2006 se aprobará otro decreto real sobre la composición y el funcionamiento de la citada comisión¹⁷⁶. Además de las funciones analizadas, la comisión será responsable de atender las quejas planteadas sobre problemas de naturaleza deontológica para posteriormente emitir un dictamen al ministro de justicia. Además, deberán aportar información deontológica general a los servicios de mediación y al ministro. Estará formada por expertos en psicología, derecho, ética y mediación que serán elegidos por el ministro.

Desafortunadamente, dicha comisión no se ha puesto todavía en funcionamiento. Consideramos que podría ser una buena herramienta de mejora constante del servicio y una muestra más de implicación gubernamental en el buen funcionamiento de los servicios.

Aunque no recogidos en la legislación, los “comités de seguimiento” cumplen en cierta forma con dicha función. En la región de Flandes, cada distrito judicial cuenta con un comité de seguimiento que tiene como objetivo implicar a todos los profesionales con participación directa en el proceso de mediación. Por lo general, el comité está conformados por un representante del ministerio fiscal, un representante de la judicatura, de apoyo a las víctimas, servicios sociales y

175 Traducción propia art. 554.2 véase en “selección de legislación belga traducida”: 2. *El Servicio Público Federal crea una “comisión deontológica de mediación” para esos servicios. Dicha comisión tendrá por misión elaborar y actualizar un código deontológico sobre mediación, así como garantizar el seguimiento de problemas deontológicos. La comisión, se compone de doce miembros elegidos por sus conocimientos y a su experiencia en la materia. El Rey, establecerá mediante decreto deliberado en el Consejo de Ministro las reglas la composición y el funcionamiento de la comisión. La composición respetara la paridad lingüística.*

176 *M.B., 1/2/2006.*

de los servicios de mediación, siendo la periodicidad de sus reuniones de 2 o 3 meses. Su funcionamiento se regula mediante un protocolo de cooperación en el que quedarán establecidos las funciones y responsabilidades de cada representante.

La cooperación y la buena comunicación entre los mediadores y los distintos actores jurídicos se ha demostrado imprescindible para el buen funcionamiento de la práctica de la mediación. Los comités se han convertido en un instrumento para la mejora de las relaciones, la cooperación y el mutuo entendimiento entre los diferentes entes¹⁷⁷.

177 CASADO CORONAS, *restorative justice in the south of Europe*.

5. La justicia restaurativa en el ámbito penitenciario

Por último, voy a analizar un campo específico de la mediación: la mediación post procesal.

Por regla general, salvo en algunas modalidades de ejecución penitenciaria, el cumplimiento de la pena de prisión no se regula por ley en Bélgica, sino mediante circulares y decretos del poder ejecutivo y el ministerio de justicia o administración. La organización de la administración penitenciaria y todo lo referido a la ejecución de la pena queda recogido en dispersa normativa¹⁷⁸. Siguiendo esta tendencia, la política belga en cuanto a la justicia restaurativa en el ámbito penitenciario, se perfila gracias a tres documentos del servicio público federal de justicia.

El primer documento fue aprobado en 1996 por el ministro de justicia Steefan De Clerck quien presentó en el Parlamento una note d'orientation titulada "Politica penal y ejecución de las penas" (*Politique pénale et exécution des peines*). Su política tenía una doble finalidad: dar prioridad a las penas alternativas, y asegurar una ejecución digna y eficaz de las penas privativas de libertad. En este contexto, indicaba la necesidad de otorgar a la víctima un lugar en la justicia penal, sin olvidar por ello el derecho de reinserción del detenido. El lugar de la víctima en el marco de la ejecución de la pena quedaba concretado en el derecho a la información y en el derecho a la reparación. Este se insertaba en las finalidades de un servicio correccional con los contenidos en algún grado de justicia restaurativa¹⁷⁹. El documento marca el inicio de numerosas reformas en relación con la ejecución de la pena.

El segundo de los documentos a destacar es la nota de política penitenciaria del 17 de noviembre de 1999 del Ministro de Justicia Marc Verwilghen "Derecho a la reparación de la víctima", Por lo tanto, se pasa de una visión centrada en

178 MARY, *loi pénitentiaire*.

179 BIERMANS/D'HOOP, *Development of Belgian prisons*.

la víctima y en el respeto a sus derechos, a un modelo reparador mucho más ambicioso que tiene como objetivo restablecer los vínculos sociales, más allá de la resocialización individual.

En este segundo documento se enfatiza que los ciudadanos son dignos de una “Cultura del respeto”: respeto al detenido en cuanto que ser humano y ciudadano, respeto a la víctima y sus derechos, pero respeto también al personal penitenciario en cuanto a gestión de recursos humanos y condiciones de trabajo.

Como último documento fundamental destaca la circular ministerial del año 2000 impulsada por Marc Verwilghen, Ministro de justicia de la época que sirvió para situar definitivamente a la prisión en el centro de la agenda política¹⁸⁰. Desde entonces la justicia restaurativa quedó institucionalizada en las prisiones belgas gracias a la figura de los “consejeros en justicia restaurativa” (*consultants en justice reparatrice*)¹⁸¹.

Los consejeros son empleados de las prisiones y actúan como asistentes del director de la prisión (*le directeur principal de l'établissement*). Su principal cometido es promover un cambio de la cultura penitenciaria, favoreciendo una reorientación hacia la justicia restaurativa. En aras de implementar una cultura del respeto en las prisiones, los consejeros facilitarán un mejor entendimiento entre los diferentes servicios y trabajadores del sistema de prisiones y proporcionarán la información necesaria sobre la justicia restaurativa¹⁸².

Será también su misión observar y repensar las dinámicas y procesos de la prisión no favorables a la implementación de la justicia restaurativa, p.ej. deberán establecer pautas para que cuando las víctimas entren en la prisión, sientan que se encuentran en un ambiente respetuoso y seguro¹⁸³.

180 Circulaire ministérielle n°1719.

181 HODIAUMAONT/MALEMPRE/AERTSEN/DAEMINCK/VANCAMP/VANWIN, *Vade-mecum justice reparatrice*.

182 BIERMANS/D'HOOP, *Development of Belgian prisons*.

183 CASADO CORONAS, *Restorative justice in the south of Europe*.

Los consejeros son por tanto los responsables de crear la estructura necesaria para implantar la justicia restaurativa en la prisión. Deben procurar que los trabajadores de la prisión y los reclusos estén dispuestos a participar en prácticas restaurativas. Así mismo, deberán conectar la prisión con la sociedad, para lo cual tendrán relación con todo tipo de organizaciones (como, por ejemplo, organizaciones que trabajan en la asistencia a las víctimas, organizaciones que trabajan con infractores, servicios de mediación, *maisons de justice...*)¹⁸⁴.

Organizarán cursos, talleres de discusión y actividades de sensibilización que contribuyan a mejorar la comprensión de la figura de la víctima, que posibiliten el refuerzo o la reconstrucción de la relación con su red de apoyo y promoverán iniciativas de reparación del daño. Para ello, será necesario una estrecha cooperación con los servicios de mediación¹⁸⁵.

Para asegurar la coordinación a nivel federal entre los consejeros y ofrecerles apoyo, se crea la figura del coordinador. Se establecen dos coordinadores, uno francófono y otro flamenco. El coordinador se ocupa de la evaluación permanente del proyecto, y aporta apoyo científico a los consejeros. El comité de dirección (*Le groupe de pilotage fédéral*) por su parte, será el encargado de evaluar el proyecto y proponer cambios sobre la normativa.

En 2008 desapareció la figura de los consejeros de mediación. La razón por la que esta figura fue suprimida tras 8 años de práctica y gran atención internacional no es clara. La decisión fue adoptada de manera inesperada por parte del ministerio de justicia y las personas que ocupaban dichos puestos pasaron a responsabilizarse de funciones mucho más amplias asistiendo al director de la prisión en la gestión del centro¹⁸⁶. A pesar de que en la actualidad se sigan desarrollando mediaciones postprocesales, su realización se ha dificultado enormemente y sobre todo se ha perdido el trabajo estructural de reorientación de la prisión.

184 BIERMANS/D'HOOP, *Development of Belgian prisons*.

185 CASADO CORONAS, *Restorative justice in the south of Europe*.

186 VAN DOOSSELAERE/VANFRAECHEN, *Empirical research*.

6. Recapitulación

Bélgica cuenta en la actualidad con una larga trayectoria en la aplicación de prácticas restaurativas. El presente capítulo se ha ceñido a los tres ámbitos en los que tiene incidencia, la justicia restaurativa en menores, en adultos y en prisiones.

La primera experiencia en el ámbito de los menores infractores comienza en 1987, posteriormente, otras organizaciones sin ánimo de lucro continuarán con ésta labor amparadas en el artículo 37.2 b de la ley sobre justicia juvenil de 1965. Pero no será hasta 2006 cuando se regulará de forma expresa la mediación y la concertación restaurativa grupal.

En el caso de los adultos, Bélgica cuenta con dos procedimientos distintos conocidos como mediación. El primero de ellos regulado en 1994, se concibe como una forma de extinción de la acción pública, se realiza a instancia del Ministerio Fiscal y se limita a delitos cuya petición de pena concreta no sea superior a dos años de prisión. En este caso, las mediaciones se realizarán en las *maisons de justice*, organismos dependientes del Servicio Público Federal de Justicia.

En el segundo caso, la ley de mediación de 2005, permite hacer uso de la mediación en todas las fases del proceso y para todo tipo de delitos. Se trata por tanto de una mediación intrajudicial y sus efectos concretos los decidirá el juez responsable del asunto. En este caso, serán los servicios de mediación los encargados del proceso, en concreto las organizaciones sin ánimo de lucro *Médiate* y *Suggnomè* han sido las que han obtenido el reconocimiento del ministerio de justicia.

Por último, nos hemos referido a la mediación en el ámbito penitenciario. Tras una primera experiencia piloto en 1998, en 2000 y hasta 2008 se crea la figura de los consejeros en justicia restaurativa. Estos serán responsables de implementar la justicia restaurativa en las prisiones tanto a nivel individual, con presos y víctimas, como a nivel estructural reorientando la política de la prisión hacia la filosofía restaurativa.

La justicia restaurativa belga, como se ha visto por lo expuesto, ha ido cristalizando en una suerte de sistema general que penetra el sistema de justicia de una forma sistemática. Menores y adultos; un amplísimo elenco de delitos; antes, durante y después del proceso. Pero sobre todo su orientación va más allá de una comprensión parcial o limitada de dicha justicia que se limitara a reforzar aspectos puramente económicos o de reparación unilateral de la víctima, a otros más de índole global y de reparación y/o pacificación de las relaciones sociales. La falta de conexión reglada con los efectos atenuatorios de la pena, aunque susceptible de mejora, alternativas y reconducción, abre también la perspectiva de que la justicia restaurativa supone un nuevo paradigma que conecta las “consecuencias penológicas” del delito con una aproximación que, en una mirada más amplia, se funde de manera más fluida con una “resolución del conflicto penal” atento al perpetrador a la víctima y a las implicaciones de daño social colectivo del mismo. Tiene el potencial, en definitiva, de conectar de forma más significativa, funcional y eficaz, los fines de la pena y los fines del derecho penal entendiendo estos últimos como una síntesis equilibrada que también incorpora la prevención general positiva junto a otros aspectos preventivos (generales y especiales).

Esto podría servir de inspiración al modelo español que como se verá en el Capítulo X va decantando un paradigma restaurativo sui generis y particular, no tan estructurado, pero emergente.

CAPÍTULO III:

**ANÁLISIS DE LA NORMATIVA
PENAL Y PROCESAL EN ESPAÑA
DESDE UNA PERSPECTIVA DE
JUSTICIA RESTAURATIVA**

1. Introducción

En el conjunto de normas procesales y sustantivas del ámbito penal, la contemplación de instrumentos de justicia restaurativa es bastante notable en el ámbito de la justicia de menores. En el ámbito de los adultos, será la Ley Orgánica 1/2015 de 30 marzo que modifica el CP de 1995 y que entró en vigor el 1 de julio de 2015; y el Estatuto de la víctima del delito, Ley 4/2015, y que entro en vigor el 28 de octubre de 2015, los primeros textos que contemplan la mediación como posibilidad en el ámbito penal. Poco antes, sólo encontrábamos la referencia a la mediación penal de adultos en la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género de 28 de diciembre de 2004 pero precisamente para prohibirla de manera expresa en el ámbito de las infracciones de violencia contra la mujer¹⁸⁷.

Además de las citadas novedades, se debe reseñar en los últimos años la elaboración de dos importantes anteproyectos de la LECrim que dedican en distinta medida un expreso desarrollo a la mediación en el ámbito penal ordinario de personas adultas. Por ello, veremos con cierto detalle dos preceptos legislativos: el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de junio de 2011 y el de 2012.

Como es sabido, la todavía vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal data de 1882 y a pesar de haber sufrido numerosas modificaciones a lo largo de más de un siglo, perduran problemas estructurales que hacen que se demande de manera frecuente su reforma integral. Tanto el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011 (ALECrim 2011) como el de 2012 (ALECrim 2012) hacen hincapié en esa necesidad. A pesar de que ninguno de los dos proyectos ha sido aprobado, por su contenido, son antecedentes interesantes para su estudio, y por ello, a pesar de no haber alcanzado el estadio legislativo dedicaremos un apartado a su análisis.

187 El artículo 44.5 de la Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre de Medidas de Protección Integral contra la violencia de Género que adiciona un artículo 87ter en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Código Judicial, prohíbe expresamente que se aplique la mediación de los casos de los que pueden conocer los Juzgados de Violencia contra la Mujer tanto en materia penal como civil.

Debe reseñarse, no obstante, que precisamente fuera del ámbito penal, concretamente en la jurisdicción civil, se encuentra regulación específica plasmada en la Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles y que ha sido además prontamente desarrollada por el Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre. Este decreto dispone principalmente sobre aspectos estructurales y organizativos para asentar las medidas oportunas al efecto y en especial regula lo relativo a la formación de las personas mediadoras y la constitución y organización del Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación. La buena acogida de esta ley y su amplia proyección en el ámbito jurídico permitirá probablemente extender paulatinamente la aceptación de la cultura jurídica de la mediación y la aceptación por los operadores jurídicos de la praxis mediadora en su extensión al ámbito penal. De hecho, el anteproyecto de ALECrím 2012 que se examinará más adelante remite con frecuencia a la organización ya contenida en la ley civil.

También contamos con algunas regulaciones autonómicas en el ámbito de la mediación familiar como la Ley 1/2008, de 8 de febrero, de Mediación Familiar de la Comunidad Autónoma del País Vasco. Desde 2008 la puesta en marcha de esta ley ha dado lugar a la creación y desarrollo de instituciones y mecanismos para el adecuado funcionamiento de sus previsiones.

En el presente capítulo se aborda en primer lugar un análisis de los mecanismos establecidos en la Ley Orgánica 5/2000 reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores y su decreto de desarrollo que permiten integrar elementos de la justicia restaurativa en las diferentes fases del proceso: diligencias preliminares, fase de instrucción y fase de ejecución. Es obligado comenzar por la justicia penal de menores ya que es el ámbito del derecho penal en el que la justicia restaurativa se encuentra más asentada y donde la legislación sigue siendo más detallada y completa.

En el ámbito del derecho penal de adultos se analizan en primer lugar las recientes reformas de 2015 del CP. Entre las profundas reformas realizadas, interesan las relativas a la sustitución de la pena (art. 80 y ss.) ya que implican que por primera vez el CP contemple consecuencias directas y explícitas a la mediación penal por más que paradójicamente no ofrezca un concepto de que debe de entenderse por mediación penal.

El 2015 también trajo consigo el esperado “Estatuto de la Víctima del Delito” como “catálogo general de derechos procesales y extraprocesales de todas las víctimas de delito”. Entre los derechos de participación de la víctima en el proceso penal se regulan los derechos de las víctimas para acceder a los servicios de justicia restaurativa.

Posteriormente, se analizan las herramientas que ofrece el ámbito procesal penal a la justicia restaurativa. Se comienza estudiando el instituto de la conformidad, como herramienta clásica para dar cabida a los procesos de mediación en el sistema penal. Prosigue con el examen del principio de oportunidad que es otra novedad importante introducida por la ley 1/20015, el principio de oportunidad reglada para el juicio de delitos leves y finaliza con el análisis de los mencionados anteproyectos de ALECrím 2011 y 2012.

Las atenuantes postdelictivas positivas, es decir, la atenuante de confesión y la de reparación del daño del art. 21.4 y 21.5 del CP, serán analizadas en el Capítulo IV que destinamos a examinar la jurisprudencia reciente de estas figuras en tanto que permiten detectar una apertura en su entendimiento en la línea de que consideramos principios de justicia restaurativa.

Se hará un breve comentario a algunas previsiones específicas en tanto a la confesión y de colaboración ante las autoridades contempladas ante delitos de tráfico de drogas y de terrorismo. Así mismo, se hará una referencia a las excusas absolutorias premiales.

Finalmente, el presente capítulo finaliza con un breve análisis de los mecanismos del derecho penitenciario que permiten dar cabida a la justicia restaurativa, fundamentalmente a la mediación penitenciaria. En un entorno cerrado como el carcelario donde la convivencia es compleja y las consecuencias de los conflictos mal gestionados tienen repercusiones importantes en la vida de los internos, es posible apreciar la potencialidad de mecanismos restaurativos como la mediación. No obstante, más allá del uso de herramientas restaurativas en los conflictos surgidos por la convivencia, también se verá su potencialidad en la fase de ejecución.

2. Previsiones normativas en la justicia de menores

El sistema penal de menores ha sido el marco en el que desde antiguo se han llevado a cabo muchos programas de mediación extrajudicial, hasta el punto de que "ha llegado a convertirse en un campo de experimentación de nuevas prácticas criminológicas y político-criminales"¹⁸⁸.

Como es sabido, el art. 19 del CP determina que los menores de 18 años no podrán ser penalmente responsables de acuerdo a los preceptos del CP. Sin embargo, sí podrán ser responsables según lo regulado por normativa que regule la responsabilidad penal del menor. La Ley Orgánica 5/2000 Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores viene a cubrir ese espacio.

Se trata claramente de una ley de "responsabilidad penal" circunscrita a menores de edad, pero con rasgos mixtos. La Exposición de Motivos hace referencia a la "naturaleza formalmente penal pero materialmente sancionadora-educativa" tanto del procedimiento como de las medidas aplicables y la filosofía de la ley gira en torno al principio del "interés superior del menor" que se conjuga con otras finalidades.

Dicha naturaleza mixta deja de lado otros modelos clásicos como el tutelar, de naturaleza tuitiva o protectora, y otros modelos como el educativo. El modelo se orienta hacia la reinserción y la reeducación que pretende dar con respuestas adecuadas a cada menor y al hecho cometido, pero no exclusivamente represivas y proporcionadas a la gravedad del hecho criminal y siempre sobre la base de un proceso penal con garantías y la aplicación de la legislación penal¹⁸⁹.

Así, en su Exposición de Motivos, punto 13, textualmente se dice:

188 TAMARIT SUMALLA, *La mediación reparadora*, p. 47.

189 URBANO CASTILLO/DE LA ROSA CORTINA, *La responsabilidad*, .pp. 25 y ss.

Un interés particular revisten en el contexto de la Ley los temas de la reparación del daño causado y la conciliación del delincuente con la víctima como situaciones que, en aras del principio de intervención mínima, y con el concurso mediador del equipo técnico, pueden dar lugar a la no incoación o sobreseimiento del expediente, o a la finalización del cumplimiento de la medida impuesta, en un claro predominio una vez más, de los criterios educativos y resocializadores sobre los de una defensa social esencialmente basada en la prevención general y que pudiera resultar contraproducente para el futuro.

La reparación del daño causado y la conciliación con la víctima presentan el común denominador de que el ofensor y el perjudicado por la infracción llegan a un acuerdo, cuyo cumplimiento por parte del menor termina con el conflicto jurídico iniciado por su causa. La conciliación tiene por objeto que la víctima reciba una satisfacción psicológica a cargo del menor infractor, quien ha de arrepentirse del daño causado y estar dispuesto a disculparse. La medida se aplicará cuando el menor efectivamente se arrepienta y se disculpe, y la persona ofendida lo acepte y otorgue su perdón. En la reparación el acuerdo no se alcanza únicamente mediante la vía psicológica, sino que requiere algo más: el menor ejecuta el compromiso contraído con la víctima o perjudicado de reparar el daño causado, bien mediante trabajos en beneficio de la comunidad, bien mediante acciones, adaptadas a las necesidades del sujeto, cuyo beneficiario sea la propia víctima o perjudicado.

Como se puede observar en la Exposición de Motivos, priman los criterios educativos y resocializadores sobre la defensa social y el principio de prevención general y se apela al principio de intervención mínima. La conciliación y la reparación tienen en común que, en ambos casos, se trata de un acuerdo entre el ofensor y el perjudicado y que su cumplimiento afecta al tratamiento jurídico del conflicto e incluso puede llegar a poder prescindir de las consecuencias jurídicas del conflicto. En el caso de la conciliación, la Exposición de Motivos alude a que la satisfacción de la víctima es "psicológica" lo que pone de relieve que el legislador ha querido imprimir una orientación especialmente victimológica. Mientras que, en el caso de la reparación, la Exposición de motivos parece cifrarla únicamente en trabajos en beneficio a la comunidad o en acciones que sean beneficiosas para la víctima.

Ciertamente la LORPM parece sustentarse en una especial preocupación por los efectos sobre la víctima porque resalta la importancia de que la persona ofendida acepte las disculpas del menor y le conceda su perdón. Como señala TAMARIT SUMALLA las referencias al "arrepentimiento efectivo" o al

“perdón” parecen estar cargadas de un corte “moralista” que realmente no va en consonancia con el sentido de la reparación que se puede encontrar en el articulado¹⁹⁰. Precisamente, el art. 19 no estipula entre sus requisitos la necesidad de que el menor infractor se arrepienta de daño producido, sólo invoca el reconocimiento del daño y la posterior disculpa¹⁹¹.

Antes de analizar el articulado, conviene subrayar algunas cuestiones procesales importantes para facilitar la comprensión del encaje de los mecanismos restaurativos. Las principales diferencias en el proceso penal de personas menores respecto al procedimiento en el caso de personas adultas se dan en la fase de instrucción. Principalmente porque según se plasma en el art. 6 y el 16.1 LORPM corresponde al MF la dirección de estos procesos.

A diferencia de lo que sucede en el procedimiento de adultos, en el caso de los menores la instrucción del proceso compete al Fiscal instructor y el Juez de Menores no puede someter sus decisiones a revisión judicial directa hasta que no finalice esa fase. La instrucción del expediente, salvo en el caso de las medidas cautelares, las diligencias restrictivas de derechos fundamentales, la declaración de secreto y la preconstitución de prueba, son competencia y responsabilidad únicamente de la fiscalía. La tutela judicial efectiva sobre todas las incidencias del procedimiento en esta fase de investigación tiene lugar con posterioridad, una vez que se haya presentado el escrito de la defensa¹⁹². Con las restricciones a la participación de la intervención jurídica en esta fase del procedimiento se preserva la imparcialidad del juzgador alejándolo de la fase de investigación material¹⁹³.

190 TAMARIT SUMALLA, *La articulación de la justicia restaurativa*, pp. 76.

191 LANDROVE DÍAZ, *Derecho penal de menores*, p 289.

192 MONTERO HERNANZ, *Legislación*, pp. 118 y sig.

193 Circular 1/2000 FGE, apdto., VI.I.

2.1. En diligencias preliminares: art. 18 desistimiento de la incoación

El Título III de la LORPM, “De la instrucción del procedimiento” comienza con el art. 16, “Incoación del expediente”, que determina que corresponde al MF la instrucción del procedimiento y regula su actuación una vez recibida la *notitia criminis*.

No obstante, el MF no está obligado a promover la incoación del Expediente de Reforma ya que, “se incoarán en todo caso Diligencias Preliminares, las cuales podrán concluir mediante Decreto de archivo, de desistimiento de la incoación de Expediente o de incoación del Expediente de reforma”¹⁹⁴.

Una vez incoadas las Diligencias Preliminares se deberá valorar la concurrencia de los requisitos necesarios para acordar la incoación del Expediente de Reforma. Como indica la Circular 1/2000 FGE, se tendrán que valorar dos presupuestos: “desde el punto de vista fáctico, la verosimilitud de los hechos denunciados y la determinación de la identidad y edad de los participantes en su ejecución y desde el punto de vista normativo, la tipicidad penal de la conducta denunciada”¹⁹⁵. Lógicamente la necesidad de indicios verosímiles con apariencia de delito es el primer requisito de arranque de cualquier intervención penal. Junto con su apariencia desde la perspectiva normativa de su encaje en un tipo delictivo de una ley penal. El dato singular en este ámbito es la edad de los presuntos participantes.

Debe advertirse que cuando se decida la inadmisión a trámite no cabrá la opción de tramitar las acciones civiles en el ámbito de la jurisdicción de menores, lo cual no es óbice de que se pueda acudir ante la jurisdicción civil¹⁹⁶. Interesa destacar este extremo por la incidencia en actos de reparación.

194 Circular 1/2000 FGE, apdo. VI.2.B “Objeto de las Diligencias Preliminares. Depuración de las dudas iniciales de verosimilitud. Modalidades conclusivas”.

195 Circular 1/2000 FGE, apdo. VI.2.B

196 Circular 1/2007 FGE, apdo.VIII. 4. “Inadmisión a trámite de la denuncia”.

Entre las formas de conclusión de las Diligencias, antes mencionadas, sea mediante decreto de archivo, sea por desistimiento de la incoación del expediente, o sea por incoación del Expediente de Reforma; ahora interesa destacar la opción del desistimiento de la incoación porque se trata de una posibilidad de desjudicialización de la infracción como interesante particularidad de la justicia penal de menores. Así, podrá darse el desistimiento porque la situación ya ha sido corregida en el ámbito educativo y familiar según lo regulado en el art 18, que dice textualmente:

El Ministerio Fiscal podrá desistir de la incoación del expediente cuando los hechos denunciados constituyan delitos menos graves sin violencia o intimidación en las personas o faltas, tipificados en el Código Penal o en las leyes penales especiales. En tal caso, el Ministerio Fiscal dará traslado de lo actuado a la entidad pública de protección de menores para la aplicación de lo establecido en el art. 3 de la presente Ley. Asimismo, el Ministerio Fiscal comunicará a los ofendidos o perjudicados conocidos el desistimiento acordado.

No obstante, cuando conste que el menor ha cometido con anterioridad otros hechos de la misma naturaleza, el Ministerio Fiscal deberá incoar el expediente y, en su caso, actuar conforme autoriza el art. 27.4 de la presente ley.

Esta forma de desistir de la incoación es por tanto la primera manifestación del principio de oportunidad reglada de la LORPM.

El desistimiento del art. 18 se distingue del archivo fundamentalmente en que presupone que el Fiscal tiene conocimiento de hechos con trascendencia penal y sin aparentes impedimentos para tramitar el proceso. Este desistimiento se fundamenta por tanto en el interés superior del menor. El archivo por su parte, se corresponde con la ausencia de indicios suficientes para determinar la implicación en los hechos o ausencia de relevancia penal por no corresponderse con una previsión del CP.

Originalmente la LOPRM preveía que en estos supuestos se pudiera seguir tramitando la acción civil. Sin embargo, tras la reforma de 2006, se suprime la referencia del texto original a que “lo dispuesto en este apartado se entenderá sin perjuicio de la tramitación de la correspondiente pieza civil”.

Consecuentemente, en el marco de la jurisdicción de menores también se suprime la posibilidad de que la víctima sea indemnizada en el cauce del proceso normalizado¹⁹⁷.

Para que pueda entrar en juego el desistimiento conforme al principio de oportunidad se establecen algunos requisitos o limitaciones por razón de clase y gravedad del delito y por razón de la conducta anterior del menor.

En primer lugar, no es aplicable a todo tipo de delitos, sólo a los que se consideren delitos menos graves. Para ello, debe acudir al art. 13.2 del CP que establece que serán delitos menos graves los que la ley castiga con una pena menos grave. De acuerdo con la reciente reforma del artículo 33.3¹⁹⁸, estas serán en cuanto a penas privativas de libertad las de entre 3 meses y 5 años.

Igualmente, en cuanto a la clase de delito, no cabe desistimiento si se cometió con violencia o intimidación en las personas por lo que algunos de los delitos

197 Circular 1/2007 FGE, apdo. VIII.5 Principio de oportunidad.

198 Art. 33.3 CP. *Son penas menos graves:*

- a) *La prisión de tres meses hasta cinco años.*
- b) *Las inhabilitaciones especiales hasta cinco años.*
- c) *La suspensión de empleo o cargo público hasta cinco años.*
- d) *La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de un año y un día a ocho años.*
- e) *La privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a ocho años.*
- f) *Inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales y para la tenencia de animales de un año y un día a cinco años.*
- g) *La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, por tiempo de seis meses a cinco años.*
- h) *La prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, por tiempo de seis meses a cinco años.*
- i) *La prohibición de comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, por tiempo de seis meses a cinco años.*
- j) *La multa de más de tres meses.*
- k) *La multa proporcional, cualquiera que fuese su cuantía, salvo lo dispuesto en el apartado 7 de este artículo.*
- l) *Los trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y un días a un año.*

menos graves quedarán excluidos. Tampoco será aplicable en el caso de que los hechos sean constitutivos de falta. Tras la reforma del CP habrá que entender que se refiere a los delitos leves¹⁹⁹.

Una tercera exigencia (art. 18.2) hace referencia a la conducta anterior del menor, que no haya cometido anteriormente hechos de la misma naturaleza. A pesar de que en una primera lectura pudiera parecer que se está haciendo referencia a casos de reincidencia, la Circular 1/2000 de la FGE²⁰⁰ aclara que se ha de entender que “el menor no debe haber incurrido en hechos constitutivos de delito grave o, si se trata de delito menos grave, que en su ejecución no haya empleado violencia o intimidación, aunque los hechos presenten una naturaleza diversa”. Se tendrá en cuenta la naturaleza de dichos actos, así si se trata de un hecho que sea constitutivo de falta, o se trate de un delito menos grave sin concurrencia de violencia o intimidación, que se haya afectado al mismo bien jurídico de un modo similar a la infracción anterior.

El artículo sólo se refiere a hechos por lo que no será requisito que dichos hechos hayan sido enjuiciados previamente, es decir no se exige condena previa. Este punto genera la duda ya que si ninguna sentencia ha confirmado la autoría del menor cabe pensar que se está actuando en contra de la presunción de inocencia²⁰¹.

La previsión del artículo 18 de la LORPM viene a cumplir con lo dispuesto en las Reglas de Beijing²⁰² que establecen que en la fase de investigación y procesamiento se analizará la posibilidad de ocuparse de los menores delincuentes

199 LO 1/2015 de 30 de marzo y de acuerdo a la disposición adicional segunda donde: dice faltas deberá entenderse que se hace referencia a delitos leves. “...Las menciones contenidas en las leyes procesales a las faltas se entenderán referidas a los delitos leves”.

200 Circular 1/2000 FGE, apdtdo. VI.2.C, Desistimiento de la incoación del Expediente: juicio de oportunidad acerca del ejercicio de la acción penal.

201 SUANZES PÉREZ, *La justicia restaurativa*, pp. 144 y ss. Una lesión de garantías fundamentales si es referente a hechos delictivos previos condicionará la decisión de la intervención sancionadora. Pero parece que se trata de valorar la conducta anterior del menor referido a hechos suficientemente constatados en expediente escolar o de otra manera fehaciente sin que quepa en ningún caso hablar de reincidencia.

202 NACIONES UNIDAS, *Reglas Beijing*, regla nº 11.

sin recurrir a las autoridades competentes para dictar sentencia. Entre otros criterios se indica que el MF estará facultado para fallar discrecionalmente con arreglo a los criterios establecidos, pero sin necesidad de vista oficial.

2.2. En la fase de instrucción: sobreseimiento por conducta positiva

En esta fase se realizan las diligencias de investigación que tienen como objetivo esclarecer los hechos más relevantes y adoptar las medidas cautelares oportunas²⁰³.

El efecto más relevante del decreto de incoación es, como se señala en la Circular 1/2000 FGE, que el menor sospechoso pasa a ser considerado imputado. A pesar de que no tenga lugar un acto formal de imputación ni se recoja expresamente en la norma, en cuanto a los derechos y garantías contempladas en el art. 22.1 de la LORPM se establece en dicho artículo que serán reconocidos al menor desde el momento de la incoación del expediente²⁰⁴.

La instrucción además de servir para esclarecer los hechos también tiene como objetivo “estudiar la personalidad del menor para alcanzar una comprensión suficiente de sus características personales, carencias educativas y necesidades

203 GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, *El proceso penal*, pp. 42 y ss.

204 LORPM art. 22.1. **1.** Desde el mismo momento de la incoación del expediente, el menor tendrá derecho a:

- a) Ser informado por el Juez, el Ministerio Fiscal, o agente de policía de los derechos que le asisten.
- b) Designar abogado que le defienda, o a que le sea designado de oficio y a entrevistarse reservadamente con él, incluso antes de prestar declaración.
- c) Intervenir en las diligencias que se practiquen durante la investigación preliminar y en el proceso judicial, y a proponer y solicitar, respectivamente, la práctica de diligencias.
- d) Ser oído por el Juez o Tribunal antes de adoptar cualquier resolución que le concierna personalmente.
- e) La asistencia afectiva y psicológica en cualquier estado y grado del procedimiento, con la presencia de los padres o de otra persona que indique el menor, si el Juez de Menores autoriza su presencia.
- f) La asistencia de los servicios del equipo técnico adscrito al Juzgado de Menores

de integración social”²⁰⁵. Con ese fin, el art. 27.1 de la LORPM determina que el MF solicitará al equipo técnico un informe sobre las características psicológicas, educativas y familiares del menor, entorno en el que vive y cualquier otra circunstancia que pudiera ser relevante.

El art. 4 del RLORPM define los equipos técnicos como equipos multidisciplinares formados por psicólogos, educadores y trabajadores sociales que asisten elaborando informes tanto a los jueces de menores como al MF. Esto tiene enorme relevancia para orientar al órgano decisor sobre la procedencia o conveniencia de la clase de intervención y medida educativa más idónea. Además, la ley prevé expresamente que, si el equipo técnico en su valoración entiende que es oportuno y en interés del menor, informará, como dice textualmente el art. 27.3, “sobre la posibilidad de que éste efectúe una actividad reparadora o de conciliación con la víctima, de acuerdo con los dispuesto en el art.19 de esta Ley, con indicación expresa de su contenido y la finalidad de la mencionada actividad”.

El art. 19 de la LORPM regula la segunda manifestación del principio de oportunidad reglada de la LORPM. En este caso se posibilita el sobreseimiento del expediente por conciliación o reparación entre el menor y la víctima. Bajo el título “Sobreseimiento del expediente por conciliación o reparación entre el menor y la víctima” dice textualmente:

1. *También podrá el Ministerio Fiscal desistir de la continuación del expediente, atendiendo a la gravedad y circunstancias de los hechos y del menor, de modo particular a la falta de violencia o intimidación graves en la comisión de los hechos, y a la circunstancia de que además el menor se haya conciliado con la víctima o haya asumido el compromiso de reparar el daño causado a la víctima o al perjudicado del delito, o se haya comprometido a cumplir la actividad educativa propuesta por el equipo técnico en su informe.*

El desistimiento en la continuación del expediente sólo será posible cuando el hecho imputado al menor constituya un delito menos grave o falta.

2. *A efectos de los dispuesto en el apartado anterior, se entenderá producida la conciliación cuando el menor reconozca el daño causado y se disculpe ante la*

205 Circular 1/2000 FGE, aptdo. VI.3.E, La intervención del Equipo Técnico.

víctima, y está acepte sus disculpas, y se entenderá por reparación el compromiso asumido por el menor con la víctima o perjudicado de realizar determinadas acciones en beneficio de aquéllos o de la comunidad, seguido de su realización efectiva. Todo ello sin perjuicio del acuerdo al que hayan llegado las partes en relación a la responsabilidad civil.

3. *El correspondiente equipo técnico realizará las funciones de mediación entre el menor y la víctima o perjudicado, a los efectos indicados en los apartados anteriores, e informará al Ministerio Fiscal de los compromisos adquiridos y de su grado de cumplimiento.*
4. *Una vez producida la conciliación o cumplidos los compromisos de reparación asumidos con la víctima o perjudicado por el delito o falta cometido, o cuando una u otro no pudieran llevarse a efecto por causas ajenas a la voluntad del menor, el Ministerio Fiscal dará por concluida la instrucción y solicitará del Juez el sobreseimiento y archivo de las actuaciones, con remisión de lo actuado.*
5. *En el caso de que el menor no cumpliera la reparación o la actividad educativa acordada, el Ministerio Fiscal continuará la tramitación del expediente.*
6. *En los casos en los que la víctima del delito o falta fuere menor de edad o incapaz, el compromiso al que se refiere el presente artículo habrá de ser asumido por el representante legal de la misma, con la aprobación del Juez de Menores.*

Como se puede observar se trata de una regulación bastante completa, que ha permitido un importante desarrollo de otras modalidades de justicia de menores.

La norma diferencia dos supuestos la conciliación y la reparación. El art. 19.2 exige, a fin de que se entienda producida la conciliación, que el menor haya reconocido el daño causado y se disculpe ante la víctima, siempre que esta acepte sus disculpas. En el caso de la reparación, será imprescindible el compromiso de realizar acciones en favor de la víctima o de la comunidad. Una cuestión común a ambos casos es que se desliga expresamente la conciliación y la reparación de la responsabilidad civil, lo que refuerza la idea de que el esfuerzo que exigen ambos instrumentos es mucho mayor y de allí que el impacto en las penas también lo sea.

Es común en ambos casos la celebración previa de un proceso de mediación entre el menor y la víctima, por lo tanto, la diferencia se concreta en la solución

pacificadora planteada por las partes, teniendo la reparación un carácter material frente a la conciliación que se trataría de una solución de carácter exclusivamente simbólico²⁰⁶.

Para que pueda considerarse que se ha producido una conciliación o reparación será necesario cumplir ciertos requisitos que serán analizados a continuación.

2.2.1. Requisitos

El primer requisito es el referido a la tipología de delitos ya que art. 19.1 establece que sólo será posible el sobreseimiento del expediente en el caso de que los delitos sean delitos menos graves o faltas. Dado que la reforma 1/2015 del CP ha suprimido las faltas y ha introducido la categoría de delitos leves habrá que entender que se refiere a estos²⁰⁷.

Los requisitos previstos en la ley no lo son para que se produzca la mediación sino para que esta tenga efectos en el procedimiento. Con lo cual, no significa que en el caso de delito graves este prohibida la mediación, sino que esta no podrá dar lugar al desistimiento del fiscal de menores y al sobreseimiento posterior, aunque sí podría tenerse en cuenta en la fase de ejecución²⁰⁸. Más adelante veremos la previsión al respecto contenida en el art. 51.3 de la LORPM.

Otro de los requisitos se refiere al modo en que pueden producirse los delitos. No podrá mediar ni violencia ni intimidación grave. Por lo tanto, a diferencia de lo que ocurría en el art. 18 será posible que la infracción se realice con cierta intimidación o violencia siempre que está no pueda considerarse grave²⁰⁹.

De nuevo se puede observar el papel central del equipo técnico en mediación. Así, el art. 19.3 determina que será el equipo técnico el responsable de llevar a

206 CRUZ MARQUEZ, *La mediación*, pp. 14:3 14:4.

207 LO 1/2015 de 30 de marzo y de acuerdo a la disposición adicional segunda donde: dice faltas deberá entenderse que se hace referencia a delitos leves. "...Las menciones contenidas en las leyes procesales a las faltas se entenderán referidas a los delitos leves".

208 COLOMER HERNANDEZ, *menores infractores*, pp. 29 y ss.

209 FERREIROS MARCOS/ SIRVENT BOTELLA/SIMONS VALLEJO/AMANTE GARCÍA, *derecho penal de menores*, p. 182.

cabo las funciones de mediación y de informar al MF de los compromisos que han sido adquiridos y del grado de cumplimiento. Al analizar el procedimiento de mediación se desarrollará con mayor detenimiento la labor del equipo técnico en esta cuestión.

Un modelo prácticamente completo en cuanto a aspectos procesales, de contenido y efectos.

2.2.2. Efectos

Siempre que se cumplan los requisitos planteados, el MF dará por concluida la instrucción y será él quien solicite al juez el sobreseimiento y el archivo de las actuaciones.

Las modificaciones introducidas en el art. 25 por la LO 15/2003 supusieron un cambio importante en el proceso penal ya que permiten a la víctima ejercer la acción penal en el proceso²¹⁰. Este cambio implica que la decisión de solicitar el sobreseimiento y archivo de la causa pueda ser cuestionada por la víctima.

El art. 19.5 establece un “control de efectividad”. Para que la mediación tenga efectos será necesario que no se quede en un mero compromiso, sino que se cumpla lo pactado por parte del infractor. Ligado a este punto el art. 19.4, configura una opción de salvedad ya que en caso de que se haya realizado un intento serio, pero no haya sido posible llevarse a cabo el compromiso de reparación o la conciliación por “causas ajenas a la voluntad del menor” podrá darse el sobreseimiento y posterior archivo de la causa²¹¹.

2.2.3. Procedimiento de la mediación: el equipo técnico

El procedimiento de mediación se regula en el art. 5 del RLOPM bajo el título “solución extrajudicial” y dice textualmente lo siguiente:

210 PÉREZ MACHÍO, *la acusación particular*

211 TAMARIT SUMALLA, *La mediación reparadora*, p. 65

1. *En el supuesto previsto en el art. 19 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, se procederá del siguiente modo:*

- a) *Si el Ministerio Fiscal, a la vista de las circunstancias concurrentes o a instancia del letrado del menor, apreciara la posibilidad de desistir de la continuación del expediente, solicitará del equipo técnico informe de la conveniencia de adoptar la solución extrajudicial más adecuada al interés del menor y al de la víctima.*
- b) *Recibida la solicitud por el equipo técnico, citará a su presencia al menor, a sus representantes legales y a su letrado defensor.*
- c) *El equipo técnico expondrá al menor la posibilidad de solución extrajudicial prevista en el art. 19 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, y oír a sus representantes legales. Si, con audiencia de su letrado, el menor aceptara alguna de las soluciones que el equipo le propone, a ser posible en el mismo acto, se recabará la conformidad de sus representantes legales.*
- d) *El equipo técnico se pondrá en contacto con la víctima para que manifieste su conformidad o disconformidad a participar en un procedimiento de mediación, ya sea a través de comparecencia personal ante el equipo técnico, ya sea por cualquier otro medio que permita dejar constancia.*

Si la víctima fuese menor de edad o incapaz este consentimiento deberá ser confirmado por sus representantes legales y ser puesto en conocimiento del juez de menores competente.

- e) *Si la víctima se mostrase conforme a participar en la mediación, el equipo técnico citará a ambos a un encuentro para concretar los acuerdos de conciliación o reparación. No obstante, la conciliación y la reparación también podrán llevarse a cabo sin encuentro, a petición de la víctima, por cualquier otro medio que permita dejar constancia de los acuerdos.*
- f) *No siendo posible la conciliación o la reparación directa o social, o cuando el equipo técnico lo considere más adecuado al interés del menor, propondrá a éste la realización de tareas socioeducativas o la prestación de servicios en beneficio de la comunidad.*
- g) *El equipo técnico pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal el resultado del proceso de mediación, los acuerdos alcanzados por las partes y su grado de cumplimiento o, en su caso, los motivos por los que no han podido llevarse a efecto los compromisos alcanzados por las partes, a efectos de lo dispuesto en el art. 19.4 y 5 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores.*

El art. 5.1 del RLORPM define de manera pormenorizada los pasos que deben de llevarse a cabo para alcanzar una solución extrajudicial que permita al menor beneficiarse de los efectos descritos en el art. 19 de la LORPM.

En primer lugar, será el MF quien dé inicio al proceso, bien por iniciativa propia o bien a instancia del letrado del menor, y siempre y cuando certifique que se dan los requisitos antes analizados, solicitará un informe al Equipo Técnico sobre la conveniencia de la medida.

De acuerdo a los arts. 27.3 de la LORPM y art 5.2 del RLORPM, el Equipo Técnico podrá tomar la iniciativa. Si considera conveniente y en interés del menor, que el menor efectúe una actividad reparadora o de conciliación, informará al MF y al letrado del menor. Si el Fiscal comparte esa opción continuará el trámite habitual.

A pesar de ser el MF quien tiene, en última instancia, la capacidad de decisión. Su capacidad discrecional estará muy mediatizada por el informe que realice el Equipo Técnico ya que sus decisiones se deberán remitir a él²¹².

En segundo lugar, el equipo Técnico se cerciorará de que el menor da su consentimiento a participar en la "solución extrajudicial". Para ello, citará al menor, a sus representantes legales y a su letrado defensor y les explicará las opciones que ofrece el art. 19. Será necesario contar con la conformidad tanto del menor como de sus representantes legales.

En cualquier caso, la conformidad para participar en un proceso de conciliación o de reparación del daño no es lo mismo que la confesión formal de un delito conforme a lo expuesto en la acusación. Se trata más bien de la "manifestación de una voluntad de entendimiento con la víctima, a fin de aclarar los términos en que se produce su participación en los hechos"²¹³. Al tratarse de procedimientos voluntarios, tanto el menor como la víctima pueden cambiar de parecer y optar por no continuar la vía iniciada sin que esto les tenga que ocasionar ningún perjuicio.

212 FERREIRÓS MARCOS/SIRVENT BOTELLA/SIMONS VALLEJO/AMANTE GARCÍA, *derecho penal de menores*, pp. 183 y ss.

213 CRUZ MÁRQUEZ, *La mediación*, p. 14: 9

En tercer lugar, y una vez constatada la conformidad del menor para participar, falta por confirmar el interés de participación de la víctima. El orden visto, consultar primero al infractor y luego a la víctima, es el mismo que el utilizado en la práctica de los procesos de mediación ordinarios ya que se busca no importunar a la víctima hasta que se confirme que el único impedimento para la celebración de la mediación es conocer su disposición.

La conformidad o disconformidad de la víctima podrá expresarse bien por comparecencia personal o por cualquier otro medio. En caso de que la víctima sea menor de edad o incapaz, se establece como garantía que el consentimiento sea confirmado por sus representantes legales y sea puesto en conocimiento del juez. Reitera el mismo requisito que ya expresaba la LORPM en su art. 19.6.

En cuarto lugar, y ya con el consentimiento de las partes, es el momento de tratar de alcanzar acuerdos. La forma con mayor potencialidad es la que permite que se produzca un encuentro entre el menor y la víctima; pero si la mediación directa no fuera posible porque la víctima no hubiera mostrado su conformidad, el art. 5.1.e permite utilizar otros medios siempre que sea posible dejar constancia de los acuerdos alcanzados.

Por último, una vez concluido el procedimiento, el Equipo Técnico debe de informar al MF del resultado de la mediación, los acuerdos alcanzados y su grado de cumplimiento. Si no se ha cumplido completamente lo acordado, deberán informar de los motivos que han hecho que no pueda cumplirse.

A pesar de la importancia de la posición de la víctima para que se cumpla el supuesto previsto en el art. 19 de la LORPM, el art. 5.1.f oferta otros mecanismos para que la participación en un proceso de mediación que no ha sido exitosa tenga efectos positivos en el menor. El Equipo Técnico, podrá proponer medidas socioeducativas o la prestación de servicios en beneficio de la comunidad. Por lo tanto, a pesar de que la víctima no consienta en participar o no se haya logrado alcanzar un acuerdo se ofrecen otras vías que podría dar lugar al sobreseimiento y archivo de la causa. Lo misma opción es también posible cuando simplemente el Equipo Técnico lo considere más adecuado para el interés del menor.

2.3. En la fase de ejecución: principio de flexibilidad

El art. 51.3 de la LORPM permite que la conciliación deje sin efecto la medida impuesta. Esta opción se enmarca en la posibilidad de modificar la medida impuesta, reducir o sustituirla por otra que se recoge en los arts. 13 y 51, siempre teniendo en cuenta el interés del menor y si siempre que se haya expresado de manera suficiente el reproche que merece la conducta.

Si en los anteriores momentos del proceso, como se ha visto la mediación estaba vinculada al principio de oportunidad, la mediación en la ejecución es una manifestación del principio de flexibilidad en la ejecución. La Exposición de Motivos de la LORPM en su aptdo. 6 proclama entre los principios que orientan la ley el de la "flexibilidad en la adopción y ejecución de las medidas aconsejadas por las circunstancias del caso concreto".

El principio de flexibilidad en la ejecución es otra seña de identidad del Derecho Penal de Menores. La ejecución debe siempre ajustarse al interés superior del menor y a los postulados socializadores de la ley evitando un cumplimiento burocrático del proceso²¹⁴.

El art. 51 titulado "sustitución de las medidas" en su aptdo. 3 dice de forma literal:

La conciliación del menor con la víctima, en cualquier momento en que se produzca el acuerdo entre ambos a que se refiere el art. 19 de la presente Ley, podrá dejar sin efecto la medida impuesta por el Juez, a propuesta del Ministerio Fiscal o del letrado del menor y oídos el equipo técnico y la representación de la entidad pública de protección o reforma de menores, juzgue que dicho acto y el tiempo de duración de la medida ya cumplido expresen suficientemente el reproche que merecen los hechos cometidos por el menor.

El artículo determina que no es suficiente con que se produzca un proceso de mediación para que se apliquen los beneficios que contiene el artículo, será necesario también que el tiempo ya cumplido de la medida "expresen

214 Circular 1/2007 FGE, aptdo. VII.3.1. Cese y sustitución ordinarias.

suficientemente el reproche". Por lo cual, más que una condición para dejar sin efecto la medida es una circunstancia favorable ya que el mismo beneficio podrá ser aplicado si se estima adecuado en interés del menor²¹⁵.

No se determina ningún requisito temporal adicional, por lo tanto, la conciliación podrá llevarse a cabo "en cualquier momento" del proceso.

En cuanto a los requisitos formales, el artículo determina que podrá ser el MF o el letrado del menor quien inste el proceso pero siempre deberán ser oídos el equipo técnico y la entidad de protección o de reforma de menores.

Art. 15 del RLORPM desarrolla la revisión de la medida por conciliación durante la ejecución:

1. *Si durante la ejecución de la medida el menor manifestara su voluntad de conciliarse con la víctima o perjudicado, o de repararles por el daño causado, la entidad pública informará al juzgado de menores y al Ministerio Fiscal de dicha circunstancia, realizará las funciones de mediación correspondientes entre el menor y la víctima e informará de los compromisos adquiridos y de su grado de cumplimiento al juez y al Ministerio Fiscal, los efectos de lo dispuesto en el art. 51.2 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores. Si la víctima fuera menor, deberá recabarse autorización del juez de menores en los términos del art. 19.6 de la citada Ley Orgánica.*
2. *Las funciones de mediación llevadas a cabo con menores internados no podrán suponer una alteración del régimen de cumplimiento de la medida impuesta sin perjuicio de las salidas que para dicha finalidad pueda autorizar el juzgado de menores competente.*

Antes de entrar en el análisis artículo, conviene recordar que el art. 5.3 de la RLORPM antes analizado sostiene, que será de aplicación el art. 5 al procedimiento de mediación previsto en la fase de ejecución sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 15 del RLORPM²¹⁶.

215 FERREIROS MARCOS/ SIRVENT BOTELLA/ SIMONS VALLEJO/AMANTE GARCÍA, *derecho penal de menores*, pp. 199 y ss.

216 Tras las modificaciones introducidas por la LO 8/2006, la referencia que se realiza al art. 51.2 hay que entender que se refiere al art. 51.3

La principal diferencia reside en que las funciones que eran competencia del equipo técnico, en el caso de la ejecución serán responsabilidad de la entidad pública.

La entidad pública será la responsable de informar al juzgado de menores y al ministerio fiscal de que el menor ha mostrado interés en conciliarse. Cuando eso suceda, también realizará la mediación e informará de nuevo tanto al juzgado de menores como al ministerio fiscal de los acuerdos alcanzados en el proceso, así como del grado de cumplimiento de dichos acuerdos.

Al igual que sucedía en la fase de instrucción, si la víctima con la que el menor desea conciliarse fuera menor de edad necesitará previamente la autorización del juez de menores.

Cuando se trata de menores que se encuentran en régimen de internamiento la mediación no supondrá un cambio en su régimen de vida a no ser que el juez de menores autorice de forma expresa una salida determinada.

Esta flexibilidad se verá mermada por la necesidad de respetar los periodos de seguridad establecidos para los mayores de 16 años condenados por delitos de extrema o máxima gravedad²¹⁷.

2.4. Recapitulación

La LORPM establece tres cauces para que la conciliación o reparación puedan tener repercusión en el proceso penal. Estas opciones se sitúan originan en tres momentos distintos del proceso penal. El primer momento, es en la fase de diligencias preliminares y se encuentra regulado en el art. 18 de la LORPM, aunque en este caso no se declara de forma expresa la incidencia del resultado de un proceso de reparación o conciliación; sí se recoge la primera manifestación del principio de oportunidad reglada que podrá dar lugar al desistimiento de la

217 Circular 1/2007 FGE. La limitación se encuentra regulada en el art. 10 de la LORPM.

incoación y es por lo tanto una vía para que las prácticas restaurativas tengan impacto en el proceso.

El segundo momento, se encuentra en la fase de instrucción y se regula en el art. 19 de la LORPM. Se trata de la segunda manifestación del principio de oportunidad reglada que en este caso puede dar lugar al sobreseimiento del expediente por conciliación o reparación entre el menor y la víctima.

Finalmente, en la fase de ejecución, el art. 51.3 de la LORPM permite que la conciliación del menor con la víctima deje sin efecto la medida impuesta. En este caso, no se trata de una expresión del principio de oportunidad si no del principio de flexibilidad, principio característico de la ejecución en el proceso penal de menores infractores. No interfiere en el proceso penal como en los dos casos anteriores, pero si sirve de base para la decisión del juez.

A pesar de que en la fase de enjuiciamiento no se contenga una regulación expresa no puede entenderse que se trata de una prohibición de la misma. Lo que se deberá concretar es como se podrá llevar al proceso el resultado de un acuerdo de reparación o de conciliación. El juez de menores tendrá conocimiento del resultado del proceso de reparación o conciliación a fin de concretar las medidas a adoptar en la sentencia²¹⁸.

Por lo tanto, las limitaciones establecidas para que, un acuerdo entre el menor que ha cometido una infracción y la persona perjudicada tenga incidencia en el tratamiento jurídico del conflicto, no son importantes respecto a las fases de proceso, pero sí respecto al tipo de infracción. En la fase de diligencias preliminares, así como en el caso de la instrucción, sólo se concederá efectos a la mediación cuando los delitos sean considerados menos graves y siempre que no medie violencia o intimidación. Mientras en la fase de diligencias preliminares no podrá mediar ningún tipo de violencia o intimidación en la fase de instrucción la limitación se dará cuando esta haya sido grave.

218 CUCARELLA GALIANA, *menores infractores*.

En la fase de ejecución, será necesario que el tiempo ya cumplido de la medida impuesta haya expresado de forma suficiente el reproche. La conciliación en este caso será más una circunstancia favorable que justifique dejar sin efecto una medida que una condición necesaria para que eso ocurra.

No resulta comprensible que las soluciones extrajudiciales se limiten a los delitos de menor gravedad y los efectos se encuentren claramente detallados sólo para el caso de que los acuerdos se alcancen antes de que concluya la fase de instrucción del procedimiento. Sería deseable optar por una regulación más completa a fin de evitar que lejos de verse con un instrumento para la pacificación social, se entienda como un mecanismo pensado para delitos de bagatela e inspirado más en razones utilitaristas que en el interés superior del menor²¹⁹.

219 AGUILERA MORALES, *justicia penal de menores*.

3. Previsiones en el Código Penal

Entre las previsiones del CP, se encuentran las figuras que permiten dotar de eficacia jurídica a las prácticas de justicia restaurativa en distintas fases del proceso penal.

Algunos de estos mecanismos, como los trabajos en beneficio de la comunidad, no se configuraron bajo premisas restaurativas pero su práctica nos indica que son mecanismos de gran utilidad para esos fines. La LO 1/2015 que modifica el CP, ha otorgado por primera vez de forma expresa efectos a la mediación penal a través de la regulación de la suspensión de la pena. Se trata de una novedad que indica de que el legislador comienza a mostrar interés por la mediación penal en adultos, aunque por el momento sólo sea en la fase de ejecución de la pena.

No obstante, la traslación de las prácticas de mediación al ámbito de los adultos se observa con notable recelo por parte de la doctrina y de algunos operadores jurídicos que ponen en relieve los problemas de la tutela judicial y las garantías jurídicas para el imputado²²⁰. También debe resaltarse que de forma progresiva el propio Consejo General del Poder Judicial parece decantarse por la promoción de programas de justicia restaurativa e incluso a firmado en los últimos años numerosos convenios al efecto con las autoridades de las comunidades autónomas y con asociaciones dedicadas a la mediación intrajudicial que comienzan a dar sus frutos²²¹.

220 CABEZUDO RODRIGUEZ, *Hegemonía del Ministerio Fiscal*, pp. 839 y ss.

221 La información sobre la situación de la medación puede consultarse en <http://www.poderjudicial.es> (tema mediación).

3.1. Suspensión de la ejecución de la pena. Art. 84.1 tras la LO 1/2015

A pesar de no haber tenido la repercusión que han tenido otras modificaciones introducidas por la reforma de 2015 del CP (LO 1/2015)²²², la reforma de la suspensión de la ejecución de las penas ha sido sustancial.

Como dice la Exposición de Motivos, la revisión de la suspensión de la ejecución de la pena tiene como objetivo “dotarla de una mayor flexibilidad y facilitar una tramitación más rápida”; con ese fin se elimina la anterior regulación que contemplaba tres modalidades de suspensión de la pena y se establece un régimen unitario. La libertad condicional, como suspensión de la última fase de ejecución de la pena, pasa a ser regulada como una modalidad más de suspensión de la ejecución y las reglas de conducta que también se preveían en la libertad condicional pasan a ser comunes.

La reforma de la suspensión adquiere una dimensión importantísima para este estudio ya que por primera vez en la legislación penal de adultos se concede expresamente efectos a la mediación.

El art. 84.1 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:

1ª El cumplimiento del acuerdo alcanzado por las partes en virtud de mediación.

[.../...]

El artículo cambia completamente de contenido tras la reforma. Se incluyen ahora unas “prestaciones o medidas” a cuyo cumplimiento el Juez o Tribunal puede condicionar también la suspensión o la ejecución de las penas. Este artículo es una consecuencia de la unificación del régimen de la suspensión y de la sustitución de las penas.

222 Entre otras especialmente la introducción de la pena permanente revisable. Vease al respecto, recientemente, LANDA GOROSTIZA, *Prisión perpetua y de muy larga duración*.

El art. 84.1, presupone que previamente, antes del enjuiciamiento, se ha llevado a cabo una mediación, y que además ha concluido de forma satisfactoria para las partes. Por lo que su objetivo es reforzar el cumplimiento de los acuerdos alcanzados que han podido valorarse como indicadores de un esfuerzo reparador²²³.

En la Exposición de Motivos, en relación al caso de la mediación se limita a expresar lo siguiente: "Asimismo, 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". No ofrece por tanto ninguna pista a cuál puede ser para el legislador el fundamento de dicha modificación ni el objetivo perseguido por el cambio introducido. Resulta sorprendente esta pobreza en la mención ya que se trata más de una descripción que una explicación.

La fundamentación a esta modificación la doctrina la encuentra en su vinculación con lo dispuesto en el art. 15 del EVD²²⁴. Por la cercanía en la aprobación de la LO 1/2015 y la L 4/2015 que regula el EVD, se trata de un planteamiento obligado que tal vez hubiera sido deseable que quedase plasmado de forma más explícita en ambos textos.

A lo largo de los debates en el Parlamento sobre el entonces proyecto de ley orgánica para la modificación del CP hubo alguna intervención en la que se glosó algo más la mediación en el ámbito penal. El 8 de abril del 2014 compareció en la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados el Director de Justicia del Gobierno Vasco, Manuel Valin López, para informar sobre el proyecto de ley orgánica. Se indica esta comparecencia por ser la única que se refiere al sentido de la justicia restaurativa en el ámbito de la suspensión.

Tras elogiar la posibilidad de condicionar la suspensión al cumplimiento del acuerdo de mediación en un proceso de mediación, VALIN LOPÉZ analiza la

223 GARCÍA ALBERO, *la suspensión*, p. 161 y ss.

224 CARDENAL MONTRAVETA, *De las formas sustitutivas*, p. 334 y ss. y GOYENA HUERTA, *La suspensión*, p. 192.

modificación del art. 80.1 del CP como una vía más para la incorporación de la mediación al proceso penal. Es más, entiende que se introduce un “expreso elemento de justicia restaurativa”²²⁵.

La nueva redacción del art. 80.1 recoge lo que podría denominarse la suspensión ordinaria queda de la siguiente manera:

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”.

Además de otros aspectos que ya se encontraban con anterioridad se afirma que se debe de valorar el esfuerzo para reparar el daño donde sin duda tendrán cabida los acuerdos de reparación, fruto de procesos de mediación²²⁶.

Otra modificación relevante es que se aclara cual es el fundamento de la suspensión: la expectativa de que “la pena no sea necesaria para evitar la comisión futura por el penado de nuevos delitos”. Por lo tanto, el fundamento es preventivo-especial. Para realizar ese pronóstico se deben de valorar sólo los factores recogidos en el artículo y entre ellos la reparación del daño. Teniendo en cuenta el fundamento expuesto, dichos factores deberán de conectar con el riesgo de reincidencia²²⁷.

225 Comparecencias para informar en relación con el proyecto de ley orgánica por la que se modifica la Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Por acuerdo de la Comisión de Justicia (Número de expediente 121/000065). Del señor director de Justicia del Gobierno Vasco (Valin López). (Número de expediente 212/001561).

226 AYALA GARCÍA/ECHANO BASALDUA, *Sobre la suspensión y la sustitución*, p.2 y ss.

227 GARCÍA ALBERO, *La suspensión*, pp. 146 y ss.

Si bien de forma expresa sólo se tiene en cuenta la mediación en la fase de ejecución, no puede negarse que una mediación previa en la sentencia tenga un efecto positivo dentro de la pauta para reparar el daño causado.

3.2. Libertad condicional

La libertad condicional ha pasado de ser una forma de cumplimiento a ser regulada como una modalidad de la suspensión de la pena de prisión. El aptdo. V de la Exposición de Motivos dice que:

Al contrario de lo que venía sucediendo hasta ahora, el tiempo en libertad condicional no computará como tiempo de cumplimiento de condena, sino que la concesión de la libertad condicional determinará la suspensión de la ejecución del resto de la pena durante un determinado periodo de tiempo; si durante ese tiempo, el penado no reincide y cumple las condiciones impuestas, se declarará extinguida la pena pendiente de cumplimiento; por el contrario, si durante ese periodo de libertad condicional o de suspensión de la ejecución del resto de la pena) comete un nuevo delito o incumple gravemente las condiciones impuestas, la libertad será revocada y deberá cumplir toda la pena que restaba.

La crítica que se le puede hacer a este cambio legislativo es el aumento de la rigidez del sistema penitenciario. Como afirma MIR PUIG lo acerca a esquemas retribucionistas, pudiendo rozar la vulneración del principio *ne bis in ídem* ya que los deberes que se pueden imponer en el periodo de libertad condicional tienen en ocasiones “un contenido idéntico” a las penas privativas de otros derechos; privaciones que el penado de hecho padece y que sin embargo no se computan para reducir o ponderar el tiempo que restaría de cumplimiento de la pena de prisión²²⁸.

Los requisitos para la obtención de la libertad condicional se determinan en el art. 90 del CP modificado por la LO 1/2015. Dicho precepto establece lo siguiente:

228 MIR PUIG, *Derecho Penitenciario*, pp. 151 y ss.

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) Que ese encuentre clasificado en tercer grado.*
- b) Que haya extinguido las tres cuartas partes de la pena impuesta.*
- c) Que haya observado buena conducta.*

Tras la reforma se mantiene la exigencia general de la calificación en tercer grado del penado, haber cumplido tres cuartas partes de la condena y haber observado buena conducta. Para resolver este último requisito se suprime la referencia expresa al informe final con pronóstico individualizado y favorable de reinserción social y amplía con mayor detalle los criterios que el juez de vigilancia penitenciaria debe valorar “la personalidad del penado, sus antecedentes, las circunstancias del delito cometido, la relevancia de los bienes jurídicos que podrían verse afectados por una reiteración en el delito, su conducta durante el cumplimiento de la pena, las 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”. Con lo cual, más allá de que se siga acudiendo al informe final tras, con la reforma parece aumentar el margen que tiene el Juez de Vigilancia Penitenciaria sobre la decisión de conceder la libertad condicional.

El art. 90.1 establece otro requisito: “No se concederá la suspensión si el penado no hubiese satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito en los supuestos y conforme a los criterios establecidos por los apartados 5 y 6 del artículo 72 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria”. Es decir, mantiene la exigencia de que el penado haya satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito. En la práctica penitenciaria este requisito ha sido suavizado y será suficiente con que se acredite la tendencia a satisfacer la responsabilidad civil²²⁹. A pesar de que la justicia restaurativa y los acuerdos restaurativos van más allá de la satisfacción de la responsabilidad civil, este elemento podría condicionar la negociación entre el infractor y la víctima y es por tanto importante resaltarlo.

229 MIR PUIG, *Derecho Penitenciario*, p. 156.

Lo referido hasta ahora se trata de la regulación básica de la libertad condicional pero no es la única ya que la libertad condicional se despliega en distintas modalidades. Desde el punto de vista de la justicia restaurativa, resulta de especial interés la figura específica del adelanto de la libertad condicional regulada en el art. 90.2 último inciso del CP que puede considerarse una libertad condicional cualificada²³⁰ que permite su adelantamiento cuando se haya extinguido la mitad de la condena.

El art 90.2 establece: por un lado, el adelanto a quien haya extinguido las dos terceras partes de su condena y cumpla con los requisitos que a continuación vamos a reproducir; y por otro, en el último inciso, se contempla la posibilidad que podíamos llamar extraordinaria que expresamente requiere la participación en programas de reparación a las víctimas u otros programas más vinculados a la “rehabilitación” de infractor.

La libertad ordinaria básica prevista en el art. 90 del CP establece que el juez “concederá” la libertad condicional al penado, es decir, deberá acordar la libertad condicional cuando se den los requisitos allí previstos. Sin embargo, en los dos supuestos contemplados en el art. 90.2 del CP, la decisión de conceder la libertad condicional es facultativa, el juez de vigilancia penitenciaria “podrá acordar” la libertad condicional pero no es una decisión de obligada.

Textualmente contempla el art. 90.2:

También podrá acordar la suspensión de la ejecución del resto de la pena y conceder la libertad condicional a los penados que cumplan los siguientes requisitos:

- a) *Que hayan extinguido dos terceras partes de su condena.*
- b) *Que durante el cumplimiento de su pena hayan desarrollado actividades laborales, culturales u ocupacionales, bien de forma continuada, bien con un aprovechamiento del que ese haya derivado una modificación relevante y favorable de aquellas circunstancias personales relacionadas con su actividad delictiva previa.*
- c) *Que acredite el cumplimiento de los requisitos a que se refiere el apartado anterior, salvo el de haber extinguido tres cuartas partes de su condena.*

230 NISTAL BURÓN, *El nuevo régimen jurídico*, p. 4/11.

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 la condena. Esta medida requerirá que el penado haya desarrollado continuamente las actividades indicadas en la letra b) de este apartado y que acredite, además, la participación efectiva y favorable, en programas de reparación a las víctimas o programas de tratamiento o desintoxicación.

El art. 90.2. último inciso regula la máxima posibilidad de anticipación de la libertad condicional, adelantando la condena a 90 días por año efectivo de cumplimiento de la condena siempre y cuando se haya transcurrido la mitad del cumplimiento de la pena impuesta. Siempre deberá ser a A propuesta de Instituciones Penitenciarias y previo informe del MF y de las demás partes.

A diferencia de la regulación de la libertad condicional adelantada del art. 90.2 primer inciso, en el inciso segundo si será un requisito que las actividades laborales, culturales u ocupacionales realizadas en el transcurso de la pena sea de forma continuada pero además se deberá acreditar que se ha participado de forma efectiva y favorable en "programas de reparación a las víctimas" programas de tratamiento o desintoxicación.

La reforma del CP por la Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas ya incorporó la exigencia de participación en programas de reparación. Si bien las otras medidas propuestas también resultan de interés para dar entrada a acuerdos restaurativos, sin duda la participación en programas de reparación a las víctimas tiene a día de hoy mayor posibilidad de ser una de las vías.

3.3. Las infracciones no perseguibles de oficio y el perdón de la persona ofendida

Tanto las infracciones no perseguibles de oficio como en el caso del perdón de la persona ofendida son instituciones que permiten la influencia de la víctima del delito en el proceso penal.

La norma general en el derecho penal es el principio de legalidad y la persecución de oficio de las infracciones penales, es decir que se persigan penalmente con independencia de cuál sea la voluntad de la víctima al respecto. No obstante, en los delitos privados o semiprivados o en aquellos específicos que señala la ley quedará en manos de la persona ofendida la decisión de iniciar o no un proceso y será necesaria su intervención con la interposición de una denuncia o querrela. Ahora bien, en el caso de que la persona ofendida sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida el MF podrá proceder a interponer la denuncia²³¹.

Entre las causas que extinguen la responsabilidad criminal se encuentra el perdón del ofendido regulado en el art. 130.1. 5ª CP que dice textualmente lo siguiente:

1. La responsabilidad criminal se extingue:

5.º Por el perdón del ofendido, cuando se trate de delitos leves perseguibles a instancias del agraviado o la ley así lo prevea. El perdón habrá de ser otorgado de forma expresa antes de que se haya dictado sentencia, a cuyo efecto el juez o tribunal sentenciador deberá oír al ofendido por el delito antes de dictarla.

En los delitos contra menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección, los jueces o tribunales, oído el Ministerio Fiscal, podrán rechazar la eficacia del perdón otorgado por los representantes de aquéllos, ordenando la continuación del procedimiento, con intervención del Ministerio Fiscal, o el cumplimiento de la condena.

Para rechazar el perdón a que se refiere el párrafo anterior, el juez o tribunal deberá oír nuevamente al representante del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección.

231 Para mayor información con detalles puede verse, ALONSO RIMO, *La víctima*, pp. 360 y ss.

A pesar de su denominación como perdón, en realidad se trata de una facultad de la persona perjudicada de poner fin a la actuación punitiva: se deberá manifestar de forma expresa ante el juez antes de dictar sentencia. Esa posibilidad será relativa en el caso en el que los delitos sean contra menores o incapacitados ya que en esos casos se reserva al tribunal la posibilidad de rechazarlo²³².

El alcance de esta figura es limitado y no será aplicable en todos los delitos que requieran querrela o denuncia sino sólo cuando “la ley así lo prevea”. Por de pronto, está previsto entre otros en los art. 201,3 de los delitos contra la intimidad, el derecho a la imagen y la inviolabilidad del domicilio y el art. 215,3 de delitos contra el honor²³³.

3.4. Trabajos en beneficio de la comunidad

El art. 49 de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad no ha experimentado ninguna alteración con el reciente cambio legislativo. Esto implica que las características fundamentales de la pena se mantienen, pero algunas de las modificaciones realizadas por la ley 1/2015 que modifica el CP, en otros preceptos penales sí que van a incidir en la práctica en su aplicación²³⁴. Así dice textualmente lo siguiente:

Los trabajos en beneficio de la comunidad, que no podrán imponerse sin el consentimiento del penado, le obligan a prestar su cooperación no retributiva 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.

232 ALONSO RIMO, *La víctima*, pp. 360 y ss.

233 MIR PUIG, *Parte General*, p. 799.

234 TORRES ROSELL, *Trabajos en beneficio de la comunidad*, p. 101.

La pena de trabajo en beneficio de la comunidad tiene una importante capacidad reparadora y por eso puede considerarse de gran utilidad como herramienta de la justicia restaurativa.

El requisito más característico de la sanción de trabajo en beneficio de la comunidad es la exigencia de consentimiento del condenado. La orientación resocializadora de la sanción se encuentra muy ligada a la cooperación del penado por lo que este requisito sirve de alguna manera para involucrar al infractor en el proceso de manera directa. El requisito de la gratuidad también es un requerimiento esencial de esta pena, no sólo por el carácter punitivo que tiene toda sanción sino por la orientación claramente reparadora de la pena que requiere un esfuerzo para compensar las consecuencias de la infracción cometida²³⁵. La tercera característica es la “utilidad pública” de la actividad lo que orienta la pena no sólo a los objetivos de resocialización sino también a la reparación simbólica a la comunidad²³⁶.

Entre las posibilidades de distintas actividades que se detallan en el artículo, destacan por su carácter restaurativo las labores de reparación de los daños causados y el apoyo o asistencia a las víctimas. La reparación de los daños posee una orientación y elementos de justicia restaurativa. En cuanto a los trabajos de apoyo o asistencia a las víctimas de delitos de similar naturaleza, se trata en cualquier caso de una reparación simbólica hacia la comunidad no a una víctima concreta donde lo más significativo es el interés público de la actividad, aunque es cierto que el creciente interés por las víctimas a motivado aumento de las posibilidades de rehabilitación por contacto²³⁷.

3.5. Recapitulación

El CP contempla diversas posibilidades para dar cabida a la justicia restaurativa y otorgar efectos a los acuerdos obtenidos en un procedimiento de mediación.

235 BRANDARIZ GARCÍA, *La pena de trabajos en beneficio de la comunidad*.

236 BLAY GIL, *Trabajos en beneficio de la comunidad*, pp. 108 y ss.

237 OLARTE HURTADO, *Alternativas a la cárcel*, pp. 106 y ss.

En el caso de la suspensión, las modificaciones introducidas por la ley 4/2015, de 30 de marzo que incorporan de manera expresa una vía para los acuerdos alcanzados en virtud del procedimiento de mediación. Sin embargo, en el resto de supuestos como son los trabajos en beneficio de la comunidad, las infracciones no perseguibles de oficio, el perdón del ofendido o las atenuantes de reparación y de confesión, que se analizan de manera más detallada en el Capítulo IV, no se trata de mecanismos con finalidades restaurativas claras, al menos no de forma inicial, pero constituyen herramientas esenciales en la práctica actual.

La reforma del CP introducida por la LO 1/2015, no sólo incluye el cumplimiento del acuerdo alcanzado por las partes en mediación, como medida a cuyo cumplimiento el juez puede condicionar la suspensión de la ejecución de la pena; sino que la propia modificación del art. 80.1 del CP, reguladora de la suspensión ordinaria, ofrece otra vía más para la valoración expresa del esfuerzo en reparar el daño causado.

La libertad condicional, regulada en la actualidad como una modalidad de suspensión de la pena de prisión también resulta de interés para este estudio particularmente en su modalidad de máxima anticipación ya que entre otros requisitos requiere que el penado acredite su "participación efectiva y favorable, en programas de reparación a las víctimas o programas de tratamiento o desintoxicación".

En cuanto a las infracciones no perseguibles de oficio y las que el perdón de la persona ofendida tendrá incidencia en el proceso, a pesar de que su alcance sea limitado y su fundamento no se base en criterios restaurativos, sin duda será de utilidad para que la continuación del proceso penal no interfiera en los posibles acuerdos entre las partes.

Por último, los trabajos en beneficio de la comunidad sí que tiene un carácter restaurativo más marcado ya que su orientación resocializadora se encuentra muy ligada a la cooperación del penado y, por lo tanto, sirve para involucrar al infractor en el proceso de manera directa. La comunidad también será representada a través de la reparación simbólica que implican los trabajos en beneficio de la comunidad.

4. El nuevo Estatuto de la Víctima del Delito

Los derechos de las víctimas de delitos se recogen fundamentalmente en la CE y en la LECrim, así como en otras normas jurisdiccionales²³⁸. Además, desde 1995 se han aprobado diversas normas sustantivas pero sectoriales y específicas para la asistencia y reparación de las víctimas²³⁹, como la ley para la protección de víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, de protección integral con la violencia de género o de protección integral a las víctimas del terrorismo; pero no había hasta ahora una norma concreta que regulase de manera sistemática los derechos de las víctimas²⁴⁰. Por eso, la aprobación de un EVD era una cuestión ampliamente demandada.

Sin embargo, como su aprobación es todavía reciente no se ha podido analizar su impacto y queda aún pendiente su desarrollo. No obstante, resulta claro que se trata de una norma construida sobre los derechos de la víctima y dirigida a consagrar jurídicamente su posición en el proceso y en la ayuda o tutela asociada al proceso. El Preámbulo del EVD²⁴¹ señala que su objetivo es “ofrecer desde los poderes públicos una respuesta lo más amplia posible, no sólo jurídica sino también social, a las víctimas, no sólo reparadora del daño en el marco del proceso penal, sino también minimizadora de otros efectos traumáticos en lo moral que su condición puede generar, todo ello con

238 Otras normas a las que se debe tener en cuenta son las siguientes. Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio del Poder Judicial, ley orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de Protección a Testigos y Peritos en causas Criminales, ley orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado y ley orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

239 Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayuda y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, ley orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género y la ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo y el Real Decreto 671/2013, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo así como normativa autonómica sectorial.

240 Sobre el tratamiento a las víctimas en el ordenamiento jurídico español ver ORDEÑANA GEZURAGA, *El estatuto jurídico de la víctima*

241 Ley 4/2015, de 27 de abril y que entró en vigor el 28 de octubre de 2015 e introduce modificaciones a la Ley de Enjuiciamiento Criminal y al Código Penal

independencia de su situación procesal". Por ello, proclama que "tiene vocación de ser el catálogo general de derechos, procesales y extraprocesales, de todas las víctimas de delitos". Por lo tanto, viene a dar cumplimiento a las exigencias anteriormente analizadas de la Directiva 2012/29/UE.

Con carácter previo a analizar el tratamiento que el EVD ofrece a la justicia restaurativa y con idea de conocer su alcance real es conveniente analizar a quién considera una víctima el EVD y, por lo tanto, en qué circunstancias será de aplicación. Así el art. 2 define a la víctima de la siguiente manera:

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 trate de los responsables de los hechos:

1ª. 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.

2.º 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.

Las disposiciones de esta Ley no serán aplicables a terceros que hubieran sufrido perjuicios derivados del delito.

Siguiendo las previsiones de la Directiva 2012/29/UE el EVD amplía el concepto de víctima y este se extiende más allá de la persona que sufre un daño físico, moral o económico como consecuencia de un delito. También se reconoce a su cónyuge o persona en relación de análoga afectividad, sus hijos, sus parientes cercanos y otras personas a cargo de la víctima cuya muerte o desaparición haya

sido causada como consecuencia de la comisión de un delito, salvo que se trate de los responsables de los hechos. Quedan excluidas de la definición y por tanto de los derechos que otorga el estatuto las personas jurídicas²⁴².

El EVD recoge en el art. 3.1 de su título preliminar el catálogo de derechos que corresponden a las víctimas y que irá desarrollando a lo largo del articulado “derecho a la protección, 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 a lo largo del proceso penal”. El título II es el dedicado expresamente a los derechos de la víctima en cuanto a su participación en el proceso penal. En ese contexto hace referencia a lo que se denomina los “servicios de justicia restaurativa”.

En el ámbito de la participación en el proceso penal el EVD introduce varias novedades entre las más importantes se incluyen las siguientes: la posibilidad de intervención de la víctima en la fase de ejecución cuando se trata de delitos de especial gravedad; la notificación de las resoluciones de sobreseimiento y archivo y el reconocimiento del derecho a impugnarlas o la referencia a la actuación de los servicios de justicia restaurativa.

4.1. Los servicios de justicia restaurativa: art. 15

Se utiliza por primera vez de forma explícita el término justicia restaurativa. El legislador podía haberse limitado al término mediación víctima autor, pero ha seguido la designación de la directiva. Parece destinado a la utilización de la herramienta de la mediación, pero no excluye otros fines.

El art. 15 titulado “Servicios de justicia restaurativa” de forma literal recoge lo siguiente:

1. *Las víctimas podrán acceder a servicios de justicia restaurativa, en los términos que reglamentariamente se determine, con la finalidad de obtener una adecuada*

242 GARCÍA RODRIGUEZ, *Análisis del nuevo estatuto*, pp. 27 y ss.

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.*

Dado que la orientación del EVD se ciñe a las víctimas parece lógico que se establezca como finalidad de los servicios de justicia restaurativa la reparación moral y material de los daños ocasionados por el delito, no obstante, no se hace referencia a otras de las finalidades de la justicia restaurativa o del derecho penal lo cual no quiere decir que no resulten relevantes.

La preocupación por equilibrar la posición de la víctima en el proceso penal y por reconocerle una tutela jurídica plena, conduce en ocasiones a considerarla incompatible con la atención a otros principios clásicos del derecho penal en cuanto a la tutela de los derechos del infractor. Así resulta paradigmático cómo algunos autores abordan las previsiones del EVD, relegando a un plano muy secundario la figura contemplada en el art. 15 ²⁴³.

243 MAGRO SERVET, *Novedades de la ley 4/2015*, GARCÍA RODRÍGUEZ, *Análisis del nuevo estatuto*, PLANCHADEL GARGALLO, *La mediación penal*, GOMEZ COLOMER, *Estatuto Jurídico de la víctima del delito*, GUTIERREZ ROMERO, *Estatuto de la víctima del delito*, MANZANARES SAMANIEGO, *Estatuto de la víctima*.

La Exposición de motivos no deja lugar a dudas desde la óptica en la que se ha redactado el EVD, así afirma de manera literal lo siguiente:

El Estatuto supera las referencias tradicionales a la mediación entre víctima e infractor y subraya la desigualdad moral que existe entre ambos. Por ello, la actuación de estos servicios se concibe orientada a la reparación material y moral de la víctima, y tiene como presupuesto el consentimiento libre e informado de la víctima y el previo reconocimiento de los hechos esenciales por parte del autor. En todo caso, la posible actuación de los servicios de justicia restaurativa quedará excluida cuando ello pueda conllevar algún riesgo para la seguridad de la víctima o pueda ser causa de cualquier otro perjuicio.

La orientación a la víctima no solo es patente o primordial, sino que en el entendimiento del legislador parece resultar casi incompatible con la atención a criterios propios de la mediación o de la “justicia restaurativa” pese a la denominación adoptada por el legislador en el art. 15 de la Ley. Deja fuera de consideración cualquier otra circunstancia del delito, del infractor, de las eventuales características de la relación entre la víctima y el autor.

Otra cuestión a destacar es la que comparto con PLANCHADEL GARGALLO, la idea de que es sorprendente la falta de armonización respecto al CP sobre todo teniendo en cuenta la cercanía en la entrada en vigor de ambas leyes. En primer lugar, el EVD parte del concepto de la justicia restaurativa, mientras que como se ha visto el CP asume un concepto más restringido refiriéndose únicamente a la mediación penal, pero, sobre todo, destaca el hecho de que se permita el acceso a mecanismo restaurativos, pero no se adopten medidas específicas para dar validez a estos acuerdos. La urgencia por que se apruebe una nueva LECrim es todavía más acuciante para que el Estatuto de la víctima pueda desarrollar todo su potencial²⁴⁴.

En el propio informe realizado por el Consejo General del Poder Judicial al entonces Anteproyecto afirma que la regulación se ha realizado de forma “tímida y fragmentada” y echa en falta que no conste ni la oficialidad ni la gratuidad de la mediación, y que no se regulen las consecuencias del proceso penal en el procedimiento²⁴⁵.

244 PLANCHADELL GARGALLO, *La mediación penal*

245 CONSEJO GENERAL DE PODER JUDICIAL, *Informe al Anteproyecto*, pp. 39 y ss.

4.2. Requisitos

El art. 15 determina los requisitos o garantías que deberán de ser respetados para poder hacer uso de los “servicios de justicia restaurativa”.

4.2.1. Principio de voluntariedad

El principio de voluntariedad rige el sistema. El consentimiento debe de ser informado y aunque sólo lo indica expresamente para la víctima, también el infractor deberá de ser convenientemente informado ya que lógicamente todo consentimiento debe de ser informado para que tenga validez. Pero al tratarse del EVD se pone especial cuidado en proteger los derechos de las víctimas. Este consentimiento podrá ser revocado en cualquier momento.

4.2.2. Requisito de previo reconocimiento de los hechos

El primer requisito del art. 15 para acceder a los servicios de justicia restaurativa es que el infractor haya reconocido “*los hechos esenciales*”. Esta exigencia plantea la duda de si este requisito puede ser demasiado limitativo o si es imprescindible en aras de evitar una contradicción con el principio de igualdad.

La Directiva 2012/29/UE exige como condición mínima, el reconocimiento del infractor a “*los elementos fácticos del hecho*” y, por lo tanto, resulta obligatoria tal exigencia. Sin embargo, tal y como sostiene el Consejo General del Poder Judicial en su informe al anteproyecto del EVD, la redacción del EVD es más amplia y, por lo tanto, se podría entender que hace referencia a la totalidad de los hechos, aunque no sean relevantes para su calificación²⁴⁶. Esta interpretación dejaría fuera de entrada a algunos supuestos en los que sería muy beneficioso el uso de herramientas restaurativas.

246 CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Informe al anteproyecto*.

4.2.3. Clases de delito que admiten la reparación

La única limitación que realiza el Estatuto en cuanto al tipo de infracción cometida es que no podrá estar previamente prohibida. La única prohibición general de mediación es la introducida por el art. 44.5 de la LO 1/2004 de Medidas de protección Integral contra la violencia de género que limita las competencias de los juzgados de violencia sobre la mujer afirmando que “En todos estos casos está vedada la mediación”. Se trata de una afirmación categórica que la Exposición de Motivos no justifica pero que en cualquier caso se refiere expresamente a la mediación y, por lo tanto, parece en principio posible que se haga uso de los servicios de justicia restaurativa regulados en el Estatuto siempre y cuando no sea la mediación el instrumento utilizado²⁴⁷. Siguiendo la regulación de la Directiva 2012 y otras normativas internacionales no nos encontramos con ninguna otra limitación por el tipo de infracción cometida.

4.2.4. El límite del peligro de victimación

La segunda limitación tiene como objetivo proteger a las víctimas, trata de evitar la victimación secundaria, por lo que se preocupa tanto de garantizar seguridad como de causar nuevos daños ni materiales ni morales en el proceso a las víctimas.

4.3. Oficinas de Asistencia a las Víctimas

Entre las funciones de las Oficinas de Asistencia a las víctimas el art. 29 recoge las “Funciones de apoyo a actuaciones de justicia restaurativa y de solución extraprocesal”. Así afirma que “Las Oficinas de Asistencia a las Víctimas prestarán, en los términos que reglamentariamente se determine, apoyo a los servicios de justicia restaurativa y demás procedimientos de solución extraprocesal que legalmente se establezcan”.

247 LARRAURI PIJOÁN, *violencia doméstica*.

Las oficinas a las víctimas fueron creadas en la Ley 35/1995, de Ayudas y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual y estaban dedicadas a víctimas de todo tipo de delitos, pero especialmente a aquellas víctimas que habían 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. En algunos casos, las oficinas dependerán directamente del Ministerio de Justicia, mientras que en la mayoría de las comunidades al tener transferida la competencia en materia de justicia será responsabilidad de las propias Comunidades Autónomas su gestión, al no existir una regulación específica para este tipo de servicios, la configuración de modelos y de desarrollos ha sido muy desigual²⁴⁸.

Pese a las buenas intenciones un obstáculo básico es el económico. La Disposición adicional segunda afirma que “las medidas incluidas en esta Ley no podrán suponer incremento de dotaciones de personal, ni de retribuciones ni de otros gastos de personal”. Teniendo en cuenta el escaso y desigual desarrollo de los servicios de mediación no será posible una plena implantación sin un incremento de recursos y sin una planificación adecuada.

4.4. Recapitulación

El EVD cuya entrada en vigor es todavía muy reciente, del 28 de octubre de 2015, se concibe como “el catálogo general de derechos, procesales y extraprocesales de todas las víctimas de delitos”. El acceso a los “Servicios de justicia restaurativa” queda proclamado como uno de los derechos de las víctimas en el ámbito de la participación, siendo responsabilidad de las Oficinas de Asistencia a las Víctimas las funciones de apoyo a los servicios de justicia restaurativa y otros procedimientos de solución extraprocesal que se puedan establecer legalmente. El EVD introduce por primera vez en el ordenamiento

248 ORDÓÑEZ SÁNCHEZ, *La mediación*; RODRIGUEZ PUERTA, *Sistemas de asistencia*, p. 409; Oficinas de asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual. Información sobre las oficinas dependientes del Ministerio de Justicia. <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/servicios-ciudadano/oficinas-asistencia-victimas>

penal de adultos el término justicia restaurativa atendiendo a las previsiones de la Directiva 2012/29/UE. A pesar de que no se regulan los efectos de un posible acuerdo de mediación, la oficialización de los “servicios de justicia restaurativa” que hasta la fecha operaban como proyectos “experimentales”, deberá necesariamente producir cambios próximos en la normativa penal y procesal.

Debido a la naturaleza del texto, posee una clara orientación victimológica. A pesar de que resulte lógico que en el EVD se incida en que la finalidad de los servicios de justicia restaurativa es la reparación material y moral de la víctima, su aproximación resulta limitadora ya que no encontramos ninguna mención a otras finalidades de la justicia restaurativa. No obstante, aunque no haya mención expresa, la propia naturaleza de la mediación y los criterios restaurativos que orientan los programas de mediación harán que otras finalidades, como la participación activa de las partes en el proceso, estén presentes.

5. Normativa procesal

Se aborda ahora el estudio de las leyes procesales que permiten dar un espacio a la posibilidad de acuerdo entre víctima y autor. El instituto de conformidad y la novedosa contemplación del principio de oportunidad ²⁴⁹ que ha sido introducido para los delitos leves por la LO 1/2015. A ello se añade el análisis de dos textos prenormativos ya que considero tienen relevancia como expresión de que el prelegislador muestra la necesidad de adecuar nuestro ordenamiento jurídico procesal a las corrientes ya consolidadas en otros países europeos en relación a la mediación. En el momento actual a falta de ser aprobados han sido sobrepasados por el EVD, pero aún falta por adecuar la legislación procesal penal.

5.1. Instituto de la conformidad

A menudo se trata de situar la conformidad prevista en la LECrim como una manifestación de justicia negociada, sometida al control judicial. Téngase en cuenta que la conformidad no tiene por qué hacer referencia a una aceptación de la pena que el fiscal solicita para el hecho delictivo, sino que también se podría hablar de conformidad con la tipificación penal pero no de una conformidad con la cuantía concreta de la pena. No hay duda de que la conformidad resulta útil a efectos de economía procesal y que sin duda supone también un ahorro económico considerable, a la vez que opera como una “válvula de escape” ²⁵⁰, así mismo, autoreconocimiento de la propia responsabilidad puede tener un efecto comunicativo o tranquilizador en línea con el fundamento material del atenuante de confesión, pero precisamente la diferencia con esta atenuante reside en que este reconocimiento de los hechos se produce prácticamente al final del proceso, ya sea antes del juicio oral en el escrito de calificación, ya sea en el acto de la vista antes de comenzar la prueba o antes de finalizar el propio juicio oral.

249 Comentario crítico en CABEZUDO RODRIGUEZ, *Hegemonia del Ministerio Fiscal*, pp. 831 y ss.

250 CABEZUDO RODRIGUEZ, *Hegemonia del Ministerio Fiscal*, p. 834.

La conformidad opera bastante mecánicamente, lejana de principios restaurativos, es un instrumento programático de economía procesal que concretamente en delitos menos graves y en particularmente en tráfico de vehículos de motor tiene un éxito particularmente notable. En este caso se trata de la conformidad en el marco de los juicios rápidos lo que hace que en la práctica no tenga ninguna relación con programas de mediación o intentos de reparación entre víctima y autor. Teniendo en cuenta que con los mecanismos de conformidad se puede rebajar la pena un tercio, era previsible, y es constatable, que un infractor prefiera asegurarse esta rebaja en el marco de la conformidad, y no someterse a un procedimiento de mediación que requiere mayor implicación en la reparación y resulta más incierto en cuanto al efecto en la pena²⁵¹. Los criterios de la justicia negociada y el procedimiento de conformidad son objeto de crítica en particular por lo que suponen de debilitamiento de la “tutela judicial” y de los derechos inherentes al “debido proceso”. Aspectos preocupantes que requieren ser tratados con mayor detalle pero que no pueden ser desarrollados aquí ²⁵².

A continuación, se exponen las líneas generales y de forma abreviada, el instituto de conformidad en nuestro ordenamiento siguiendo la clasificación expuesta por CABEZUDO RODRIGUEZ por su claridad ²⁵³.

Los procedimientos ordinarios son los previstos para todo tipo de hechos punibles y sólo se diferencian atendiendo a su naturaleza o a la pena solicitada. Ellos son el procedimiento ordinario; el procedimiento abreviado; y el procedimiento para el juicio sobre delitos leves. La LECrim se articula en torno al procedimiento ordinario. A pesar de ser el menos utilizado en la actualidad se sigue considerando el procedimiento modelo²⁵⁴.

251 IGARTUA LARAUDOGOITIA, *Justicia Penal Restaurativa*.

252 CABEZUDO RODRIGUEZ, *Hegemonia del Ministerio Fiscal*, pp. 833 y ss.

253 CABEZUDO RODRIGUEZ, *Hegemonia del Ministerio Fiscal*, pp. 836 y ss.

254 MONTÓN REDONDO, *procesos*, p.533.

5.1.1. La conformidad ordinaria

La conformidad ordinaria se formula en el escrito de defensa ²⁵⁵ u oralmente en el acto de la vista antes de iniciarse la prueba. Así el art. 787.1 determina lo siguiente:

Antes de iniciarse la práctica de la prueba, la defensa, con la conformidad del acusado presente, podrá pedir al Juez o Tribunal que proceda a dictar sentencia de conformidad con el escrito que contenga pena de mayor gravedad, o con el que se presentara en ese acto, que no podrá referirse a hecho distinto, ni contener calificación más grave que la del escrito de acusación. [...]

La conformidad deberá de ser respecto del escrito que contenga la pena de mayor gravedad. Formalmente se trata, por lo tanto, de un acto unilateral del acusado, similar al de un allanamiento.

5.1.2. Conformidad consensuada

La conformidad consensuada se produce cuando el acusado muestra su conformidad mediante la subscripción de un artículo conjuntamente con el MF. Esta opción podrá tener lugar en distintos momentos del procedimiento: en la fase de instrucción (art. 779.1 5ª); en la preparación del juicio oral (784.3); o antes de iniciarse la práctica de los medios de prueba admitidos (art. 787.1).

Lo destacable de este proceso es que el acuerdo deberá de ir precedido de una negociación entre las partes para alcanzar un punto de encuentro. Sin embargo, no se debe de identificar esa negociación con un proceso de mediación ya que las partes no participarán de forma directa en la negociación; y la discusión se centrará exclusivamente en el tipo penal y la pena ineteresada, no siendo necesario abordar ni las circunstancias de la infracción ni la repercusión del suceso en ambas partes o en su entorno.

255 Art. 784.3 inciso primero "En su escrito, firmado también por el acusado, la defemsa podrá manifestar su conformidad con la acusación en los términos previstos en el artículo 787".

Una señal de la necesaria negociación previa entre las partes la encontramos en el art. 789.1 ya que la ley advierte de la variación del contenido de la calificación anterior. Así dice textualmente:

- 1. Antes de iniciarse la práctica de la prueba, la defensa, con la conformidad del acusado presente, podrá pedir al Juez o Tribunal que proceda a dictar sentencia de conformidad con el escrito de acusación que contenga pena de mayor gravedad, o con el que se presentará en ese acto, que no podrá referirse a hecho distinto, ni contener calificación más grave que la del escrito de acusación anterior. Si la pena no excediere de seis años de prisión, el Juez o Tribunal dictará sentencia de conformidad con la manifestada por la defensa, si concurren los requisitos establecidos en los apartados siguientes.*

5.1.3. La conformidad premiada

La conformidad premiada es la que resulta de mayor interés por el efecto que tiene sobre la pena, que reconoce el hecho de que se asuma la culpabilidad reconociendo la propia responsabilidad y accediendo a la pena que propone el fiscal. Tiene, por lo tanto, ciertas similitudes con la atenuante de colaboración con la justicia. Ahora bien, en cuanto al sentido restaurativo es una norma equívoca. Prevista en el caso de los juicios rápidos, no puede excluirse que quepa un acuerdo expeditivo entre las partes, pero lo más común será que se trate de un trámite ante el juzgado de guardia ya que los procesos de mediación requieren de una preparación y de un trámite para su correcto desarrollo. Se trata más bien de una norma con un carácter utilitarista que no responde a los principios de justicia restaurativa pero que tampoco lo impide.

La principal regulación se encuentra en el art. 801 que determina lo siguiente:

- 1. Sin perjuicio de la aplicación en este procedimiento del artículo 787, el acusado podrá prestar su conformidad ante el juzgado de guardia y dictar ésta sentencia de conformidad, cuando concurren los siguientes requisitos:*
 - 1.ª Que no se hubiera constituido acusación particular y el Ministerio Fiscal hubiera solicitado la apertura del juicio oral y, así acordada por el juez de guardia, aquel presentado en el acto escrito de acusación.*

- 2.ª Que los hechos objeto de acusación hayan sido calificados como delito castigado con pena de hasta tres años de prisión, con pena de multa cualquiera que sea su cuantía o con otra pena de distinta naturaleza cuya duración no exceda de 10 años.*
- 3.ª Que, tratándose de pena privativa de libertad, la pena solicitada o la suma de las penas solicitadas no supere, reducida en un tercio, los dos años de prisión.*
- 2. Dentro del ámbito definido en el apartado anterior, el juzgado de guardia realizará el control de la conformidad prestada en los términos previstos en el artículo 787 y, en su caso, dictará oralmente sentencia de conformidad que se documentará con arreglo a lo previsto en el apartado 2 del artículo 789, en la que impondrá la pena solicitada reducida en un tercio, aun cuando suponga la imposición de una pena inferior al límite mínimo previsto en el Código Penal. Si el fiscal y las partes personadas expresasen su decisión de no recurrir, el juez, en el mismo acto, declarará oralmente la firmeza de la sentencia y, si la pena impuesta fuera privativa de libertad, resolverá lo procedente sobre su suspensión o sustitución.*
- 3. Para acordar, en su caso, la suspensión de la pena privativa de libertad bastará, a los efectos de lo dispuesto en el artículo 81. 3.ª del Código Penal, con el compromiso del acusado de satisfacer las responsabilidades civiles que se hubieren originado en el plazo prudencial que el juzgado de guardia fije. Asimismo, en los casos en que de conformidad con el artículo 87.1. 1.ª del Código Penal sea necesaria una certificación suficiente por centro o servicio público o privado debidamente acreditado u homologado de que el acusado se encuentra deshabitado o sometido a tratamiento para tal fin, bastará para aceptar la conformidad y acordar la suspensión de la pena privativa de libertad el compromiso del acusado de obtener dicha certificación en el plazo prudencial que el juzgado de guardia fije.*
- 4. Dictada sentencia de conformidad y practicadas las actuaciones a que se refiere el apartado 2, el Juez de guardia acordará lo procedente sobre la puesta en libertad o el ingreso en prisión del condenado y realizará los requerimientos que de ella se deriven, remitiendo el Secretario judicial seguidamente las actuaciones junto con la sentencia redactada al Juzgado de lo Penal que corresponda, que continuará su ejecución.*

Para que se pueda acceder a esta forma de conformidad será necesario que se cumplan dos requisitos. En primer lugar, que la infracción penal haya sido calificada como un delito que tenga una pena abstracta de hasta tres años de prisión, con pena de multa o con otra pena de distinta naturaleza cuya cuantía no supere los 10 años (art. 801.1.2º LECrim). En segundo lugar, si se trata de una pena privativa de libertad, que no supere, una vez realizada la

reducción operada por la conformidad premiada, los dos años de prisión (art. 801.1.3º LECrim).

El beneficio que el acusado logrará con la conformidad se encuentra regulado en la LECrim y se traducirá en la reducción de la pena solicitada en un tercio, pero además si se tratase de una pena privativa de libertad el juez de instrucción deberá decidir sobre la suspensión.

La conformidad premiada podrá tener forma o de acto unilateral o ser producto de una transacción entre las partes. Manifestando el acusado la conformidad con el escrito de alificación de MF o si hubiera acusación particular con la acusación de mayor gravedad (art. 801.1 y 801.5).

Este sistema tiene el inconveniente de que el juez mantiene el rol del juez instructor, pero al mismo tiempo tiene que ejercer el control sobre la conformidad prestada por la defensa, y, por otra parte, se determina que dicho juez será el que en su caso deba dictar la sentencia de conformidad que impondrá la pena solicitada en un tercio. Por lo tanto, se vuelven a fusionar las funciones instructoras y sentenciadoras en un mismo órgano²⁵⁶.

5.2. Principio de oportunidad en delitos leves. Reciente reforma

En el apartado I del Preámbulo de la LO 1/2015 el legislador explica que “se suprimen las faltas que históricamente se regulaban en el Libro III del Código Penal”. Posteriormente, el apartado XXXI define con detalle los cambios realizados. El cambio se fundamenta en que “en la actualidad debe primarse la racionalización del uso del servicio público de justicia, para reducir la elevada litigiosidad que recae sobre juzgados y tribunales, con medidas dirigidas a favorecer una respuesta judicial eficaz y ágil a los conflictos que puedan plantearse. Al tiempo, el Derecho Penal debe ser reservado para la solución de los conflictos de especial gravedad”.

256 LOPEZ BARJA DE QUIROGA, *Tratado de Derecho procesal penal*, pp. 2147 y ss.

De acuerdo con el mismo apartado, algunos de los comportamientos que habían sido tipificados como faltas se reconducen hacia la vía administrativa o la vía civil pero los que se estima necesario mantener pasan a ser parte de la nueva categoría de delitos leves.

Se mantiene la triple clasificación de las infracciones penales: delitos graves, menos graves y delitos leves. Los delitos leves son definidos en el art. 13.3 del CP como: "Son delitos leves las infracciones que la ley castiga con penas leves". Es decir, los que enumera el art. 33.4 del CP. También serán considerados delitos leves según el art.13.4 del CP "Cuando la pena por su extensión, pueda considerarse como leve o menos grave, el delito se considerará, en todo caso, como leve". Esto supone que delitos considerados como menos graves pasarán a considerarse delitos leves.

Esta clasificación sirve para entre otras cosas identificar la competencia objetiva y el tipo de procedimiento correspondiente. Hasta ahora las penas correspondientes al nivel más bajo eran competencia del juez instructor y se tramitaban por el cauce del juicio de faltas. La Disposición Adicional 2ª dispone que:

La instrucción y el enjuiciamiento de los delitos leves cometidos tras la entrada en vigor de la presente Ley se sustanciarán conforme al procedimiento previsto en el Libro VI de la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuyos preceptos se adaptarán a la presente reforma en todo aquello que sea necesario. Las menciones contenidas en las leyes procesales a las faltas se entenderán referidas a delitos leves.

Con el fin de cumplir la exigencia de la disposición la LO 1/2015 introduce también cambios en la LECrim y así la regulación del Libro VI "Del procedimiento para el juicio de faltas" pasa a denominarse "Del procedimiento para el juicio sobre delitos leves".

En cuanto a competencia el modificado art. 14.1. de la LECrim que pasará a determinar que "Para el conocimiento de los juicios por delito leve, el Juez de Instrucción, salvo que la competencia corresponda la Juez de Violencia sobre la Mujer de conformidad con el número 5 de este artículo".

Con todo, la novedad más relevante para el presente estudio es que se incorpora al proceso penal por primera vez el principio de oportunidad. Se integra en todas las modalidades del procedimiento de delitos leves, aunque de forma limitada. En el aptdo. XXXI del Preámbulo el legislador afirma que “se introduce, con una orientación que es habitual en el Derecho Comparado, un criterio de oportunidad que permitirá a los jueces, a petición del Ministerio Fiscal, valorada la escasa entidad del hecho y la falta de interés público, sobreseer estos procedimientos”. Con este instrumento “se consigue una realización efectiva del principio de intervención mínima” y al mismo tiempo “se consigue descargar a los tribunales de la tramitación de asuntos menores carentes de verdadera relevancia que congestionan su actividad y reducen los recursos disponibles para el esclarecimiento, persecución y sanción de conductas realmente graves”. Las razones a las que se alude para la aplicación del principio de oportunidad son el principio de intervención mínima, pero sobre todo se hace hincapié en la falta de medios para hacer frente a todos los delitos. Hubiera sido deseable una mayor profundización en los principios que inspiran este cambio.

Aunque de forma limitada con esta reforma se abre un camino para que los acuerdos adoptados en un marco restaurativo puedan tener impacto en el proceso penal y, sobre todo, aunque de forma tímida, se da un cambio de orientación importante que cómo se verá más adelante ya preveían los Anteproyectos de reforma del LECrim.

La vía para la incorporación de los acuerdos puede darse de la siguiente forma: en el caso de los delitos leves de muy escasa gravedad, como regla general se requiere la denuncia previa del perjudicado (con excepción de los casos de violencia doméstica y de género). Por lo tanto, el acuerdo alcanzado puede evitar la interposición de la denuncia y como resultado la iniciación del proceso penal o en su caso puede provocar el sobreseimiento y archivo del proceso cuando este ya se ha iniciado. En el caso de que el procedimiento se hubiera iniciado de oficio, si no se da un interés público relevante podrá dar lugar a un sobreseimiento en caso de que el acuerdo alcanzado y el esfuerzo realizado se consideran proporcionales al daño ocasionado por el delito²⁵⁷.

257 CANO SOLER, *La mediación penal*, p.173.

Los tres artículos que plasman dicha modificación son el art. 963.1. 1ª, 964.2 y 965.1. 1ª de la LECrim tras la reforma. Así el art. 963.1 de la LECrim queda redactado de la siguiente forma:

1. *Recibido el atestado conforme a lo previsto en el artículo anterior, si el juez estima procedente la incoación del juicio, adoptará alguna de las siguientes resoluciones:*

1ª Acordará el sobreseimiento del procedimiento y el archivo de las diligencias cuando lo solicite el Ministerio Fiscal a la vista de las siguientes circunstancias

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

En este caso comunicará inmediatamente la suspensión del juicio a todos aquellos que hubieran sido citados conforme al apartado 1 del artículo anterior.

El sobreseimiento del procedimiento será notificado a los ofendidos por el delito.

El artículo regula el enjuiciamiento inmediato en el servicio de guardia en el caso de varios delitos semipúblicos (lesiones, malos tratos, coacciones, amenazas e injurias por remisión al art. 962.1 LECrim) y ofrece al juez bajo ciertos requisitos la posibilidad de instar la terminación anticipada del procedimiento o bien la posibilidad de acordar la inmediata celebración del juicio.

Para que el juez acuerde el sobreseimiento y archivo del procedimiento, el MF deberá realizar una solicitud previa y para ello será imprescindible que se den dos circunstancias: que el delito leve resulte de “muy escasa gravedad” y que “no exista un interés público relevante” en la persecución del caso.

Una cuestión controvertida es si el juez se encuentra vinculado a la petición que realiza el MF, a pesar de que por el momento procesal en el que se realiza la petición no pueda haber más partes implicadas en el procedimiento hace que parezca razonable que así sea. Ello implica que el MF deberá de fundamentar claramente los criterios que ha considerado y que puedan ser aplicables a casos

similares, sobre todo teniendo en cuenta que la decisión adoptada por el juez será susceptible de recurso²⁵⁸.

La efectividad del archivo no queda condicionada al cumplimiento de ninguna medida o regla de conducta por un tiempo determinado sino operará de manera inmediata.

En primer lugar, el delito deberá ser de “muy escasa gravedad” y para determinar este concepto la norma precisa que se tendrá en cuenta “la naturaleza del hecho, sus circunstancias y las personales del autor”. La FGE entiende que el modelo de oportunidad por el que se opta se ciñe a los denominados “delitos de bagatela”, en los que el interés público se estima en función del coste en recursos materiales y personales que supone su persecución. El hecho debe de presentar una mínima relevancia que compense el coste del procedimiento. Comparto la idea de que la ley es a este respecto sumamente restrictiva ya que los delitos leves son por su propia naturaleza las infracciones penales menos relevantes y, por lo tanto, que el Fiscal deba de discriminar las conductas con menos transcendencia reduce al mínimo la capacidad del principio de oportunidad²⁵⁹.

El segundo requisito es que “No exista un interés público relevante” en la persecución del delito. En este caso, la Circular 1/2015 FGE, afirma a este respecto que a pesar de que se trate de un concepto relacionado con la antijuridicidad de la conducta existen factores externos que reafirman la necesidad de pena como “la finalidad de afirmar y consolidar el ordenamiento jurídico conculcado” o “la necesidad de brindar a la víctima de una protección efectiva de sus intereses y un respeto a su voluntad manifestada” para hacer cumplir tanto el EVD como las exigencias del derecho internacional²⁶⁰.

En el caso de los delitos patrimoniales el artículo dispone de criterios interpretativos más claros que exigen que se haya procedido a reparar el daño y

258 HERNÁNDEZ GARCÍA/RAMÍREZ ORTIZ, *Las consecuencias procesales*, pp. 262 y ss.

259 Circular 1/2015 FGE, pp. 25 y ss.

260 Circular 1/2015 FGE, pp. 27 y ss.

que el perjudicado no haya interpuesto ninguna denuncia por el hecho ocurrido. Esta referencia se encuentra más cercana todavía a los criterios restaurativos, aunque se limita a delitos patrimoniales.

En cualquier caso, la FGE entiende que, si esa limitación se da en el caso de los delitos patrimoniales, todavía será más pertinente en el caso de los delitos leves que afecten a la integridad física y moral, o a la libertad de las personas ya que las cautelas no pueden ser menores en estos casos, por lo tanto, en la práctica quedarían también vinculados a la realización de las expectativas de reparación de la víctima²⁶¹.

Una vez acordado el sobreseimiento se comunicará la suspensión a los ofendidos o perjudicados, al denunciante, al denunciado y a los testigos que pudieran dar razón de los hechos. En el caso de los ofendidos serán además notificado el sobreseimiento del procedimiento.

Como se ha dicho el archivo por razones de oportunidad se encuentra vinculado a todas las modalidades del procedimiento de delitos leves por lo tanto no sólo en caso de procedimiento inmediato del art. 963 sino que también se prevé con los mismos requisitos en el enjuiciamiento rápido por citación del Juez de guardia del art. 964.2 de la LECrim de la forma siguiente:

2. *Recibido el atestado conforme a lo previsto en el párrafo anterior, y en todos aquellos casos en que el procedimiento se hubiere iniciado en virtud de denuncia presentada directamente por el ofendido ante el órgano judicial, el juez podrá adoptar alguna de las siguientes resoluciones.*
 - a) *Acordará el sobreseimiento del procedimiento y el archivo de las diligencias cuando resulte procedente conforme a lo dispuesto en el numeral 1.º del apartado 1 del artículo anterior.*

Por último, lo mismo sucede en el caso del enjuiciamiento ordinario fuera del servicio de guardia también con los mismos requisitos analizados previamente en el caso del artículo 963.1 que de nuevo funciona como referente. En este caso el art. 965.1 afirma textualmente lo siguiente:

261 Circular 1/2015 FGE, p. 28

1. Si no fuere posible la celebración del juicio durante el servicio de guardia, se seguirán las siguientes reglas:

1ª si el juez estimare que la competencia para el enjuiciamiento corresponde al propio juzgado de instrucción y que no procede el sobreseimiento conforme a lo dispuesto en el numeral 1ª. del apartado 1 del artículo 963, el secretario judicial procederá en todo caso al señalamiento para la celebración del juicio y a las citaciones procedentes para el día hábil más próximo posible dentro de los predeterminados a tal fin, y en cualquier caso en un plazo no superior a siete días.

5.3. Anteproyecto de LECrim 2011

El anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal fue aprobado en Consejo de Ministros el 27 de julio de 2011 durante el mandato del PSOE, pero no hubo tiempo suficiente para que fuera registrado en la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados de la IXª legislatura. La convocatoria de elecciones anticipadas y la consiguiente disolución de las Cámaras legislativas frustró el devenir de este texto pre-normativo.

El Anteproyecto proponía una reforma integral de la LECrim y entre sus principales novedades me gustaría destacar las siguientes: la asunción del MF de la dirección de la investigación bajo control judicial, la incorporación del Estatuto de la Víctima en la regulación del proceso penal, la intervención de la defensa en el nuevo procedimiento de investigación y por supuesto la oportunidad reglada y la mediación en el proceso penal, que será lo que se desarrolle en el presente apartado del capítulo III.

El Libro I es el dedicado a las “Disposiciones generales” y su Título V desarrolla “Las formas especiales de terminación del procedimiento penal”. Este está compuesto de tres capítulos dedicados a la “terminación por conformidad”, “la terminación por oportunidad” y a “la mediación penal”. Las tres herramientas, la mediación, la conformidad y el principio de oportunidad permiten la incorporación de elementos restaurativos al proceso penal.

El propio aptdo. XXVI de la Exposición de Motivos afirma que la institución de la mediación debe de ser entendida dentro del principio de oportunidad. Asevera que se concibe la mediación como “un mecanismo al servicio del principio de oportunidad”. Como veremos más adelante ello no significa de ningún modo que se introduzca la discrecionalidad en el proceso penal ya que el principio de oportunidad será siempre limitado y reglado, pero si da pie a una mayor flexibilidad que permitirán la incorporación de nuevas formas alternativas de resolución de conflictos.

Estamos ante un texto prenормativo, evidentemente frustrado, que de manera explícita recoge uno de los instrumentos más característicos de la justicia restaurativa, la mediación penal. Pese a haber quedado para la historia de los anteproyectos, a mi juicio es interesante hacer algunas observaciones al mismo y dar a conocer su contenido porque muy posiblemente pueda ser tenido en consideración en el futuro.

5.3.1. La mediación penal

El Capítulo III del Título V sobre “las formas especiales de terminación del procedimiento penal” detalla en 5 artículos (del art. 157 al 161) los elementos procesales de la mediación penal.

La Exposición de Motivos en su aptdo. XXVI vincula la mediación al principio de igualdad: “En el mismo marco del principio de oportunidad ha de ser comprendida la institución de la mediación” no se trata de una renuncia al *ius puniendi* ni de asimilar el derecho penal al derecho privado sino que se afirma que “la mediación ha de concebirse como un instrumento al servicio de la decisión expresa 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”.

El art. 157 da inicio al capítulo estableciendo los siguientes principios:

1. *La mediación se sujetará a los principios de voluntariedad, gratuidad, oficialidad y confidencialidad.*

2. *Las partes que se sometan a mediación, antes de prestar su consentimiento, serán informadas de sus derechos, de la naturaleza del procedimiento y de las consecuencias posibles de la decisión de someterse al mismo.*
3. *Ninguna parte podrá ser obligada a someterse a mediación, pudiendo, en cualquier momento, apartarse de la misma.
La negativa de las partes a someterse a mediación, o el abandono de la mediación ya iniciada, no implicará consecuencia alguna en el proceso penal.*
4. *Se garantizará la confidencialidad de la información que se obtenga del proceso de mediación.
El fiscal no tendrá conocimiento del desarrollo de la mediación hasta que esta haya finalizado, en su caso, mediante remisión del acta de reparación.*

El art. 157.1 señala de forma expresa cuales son los principios que deben de ser respetados en el transcurso de una mediación penal: el principio de voluntariedad, gratuidad, oficialidad y confidencialidad. Aunque sólo se profundizará en los principios de voluntariedad y de confidencialidad.

El principio de gratuidad implica que el procedimiento de mediación penal deberá de ser totalmente gratuito y los gastos de administración serán asumidos por la administración de justicia. Ello se debe al carácter público del Derecho Penal y tiene como objetivo que el procedimiento de mediación se generalice y de esa forma se garantice el principio de igualdad del art. 14 de la Constitución²⁶².

El principio de oficialidad está también íntimamente relacionado con el carácter público del derecho penal y tal y como afirma PASCUAL RODRIGUEZ, el procedimiento de mediación “se desprende del propio proceso penal para, más tarde, tras su desarrollo, retornar y engarzarse definitivamente en el mismo. Por tanto, se trata de un “método” oficial, no de un mecanismo libre, privado y sin trascendencia” ²⁶³. Por lo tanto, habrá que determinar a quién corresponde la derivación de un asunto a mediación. En la propuesta de ALECrím 2011, como se verá a continuación esta función le corresponde al MF.

262 BARONA VILAR, *Mediación penal.*, p. 276.

263 PASCUAL RODRIGUEZ, *La mediación en el sistema penal*, p. 175.

El principio de voluntariedad, como no podía ser de otra forma se encuentra recogido entre los principios que informan el procedimiento y se desarrolla con posterioridad en el art. 157.3. La voluntariedad del procedimiento implica que las partes deben de aceptar tanto la entrada en la mediación como el acuerdo alcanzado, por lo que el acceso a mediación nunca podrá estar fijado por ley²⁶⁴. Para que la voluntariedad de participar en un proceso de mediación sea real, deberá de ser informada, es decir, las partes deberán ser conscientes de las implicaciones de someterse a mediación y dicha voluntariedad tendrá que mantenerse a lo largo de todo el proceso. Por lo tanto, las partes podrán optar por no participar en un procedimiento de mediación o por abandonarlo cuando consideren oportuno sin que ello tenga ninguna repercusión negativa.

El último de los principios expresamente recogidos es la confidencialidad regulada en el art. 157.4. Es esencial que las partes en conflicto puedan expresarse libremente sin estar mediatizadas por las repercusiones que lo manifestado pueda tener en su caso.

La confidencialidad será más importante si cabe en el caso de que una de las partes decida abandonar el proceso ya que en muchos casos para cuando eso ocurre ya se ha abordado la visión de cada una de las partes sobre los hechos ocurridos y se ha podido desvelar información personal relevante para el caso, por lo tanto, la confidencialidad supondrá que lo aportado por las partes no tenga carácter incriminatorio. También será importante que no se conozca cual de las partes ha optado por abandonar el proceso ya que ello podría condicionar al fiscal. Por ello, el MF sólo tendrá conocimiento del acta de reparación, es decir, al acuerdo alcanzado por las partes en mediación.

Tras el análisis de los principios sobre los que se sustenta el procedimiento de mediación, ahora veamos el procedimiento previsto en el art. 158 al respecto:

1. *El Ministerio Fiscal, según las circunstancias del hecho, del infractor y de la víctima, podrá, de oficio o a instancia de parte, someter el proceso a mediación.*

264 GORDILLO SANTANA, *La justicia restaurativa*, p. 356.

El inicio del proceso de mediación no eximirá de la práctica de las diligencias indispensables para la comprobación de delito.

2. *El decreto que lo acuerde se remitirá a los equipos de mediación, fijando un plazo máximo para su desarrollo, que no podrá exceder de tres meses.*
3. *De no consentir las partes en someterse a mediación, se pondrá inmediatamente esta circunstancia en conocimiento del Ministerio Fiscal que continuará la tramitación del procedimiento.*
4. *El equipo de mediación podrá solicitar al fiscal la información que precise sobre el contenido del procedimiento de investigación durante el desarrollo de las sesiones.*
5. *También podrá el juez, de conformidad con lo establecido en este artículo, previa audiencia del fiscal, acordar el sometimiento del procedimiento a mediación durante la ejecución.*

Es responsabilidad del MF someter el proceso a mediación bien por decisión propia o a instancia de las partes, por lo tanto, a pesar de que no se determina de manera literal, el art. 158 regula la mediación penal en la fase investigación. La facultad que se otorga al MF es la esperada teniendo en cuenta que una novedad importante del ALECrím 2011 es que al igual que como se verá más adelante ocurre con la ALECrím 2012 corresponderá al MF la dirección del procedimiento de investigación (art. 425 ALECrím 2011).

Además del momento de la instrucción, el art. 158.5 hace referencia a otro momento del proceso, la ejecución. En este caso será responsabilidad del juez acordar el sometimiento del procedimiento a mediación, pero siempre con la audiencia previa del fiscal.

La labor del MF en el procedimiento de mediación no finaliza con la remisión de un caso al equipo de mediación, también será el responsable de establecer mediante decreto, el límite temporal para su desarrollo y será asimismo el garante de aportar la información solicitada por el equipo de mediación.

El límite de plazo establecido nunca podrá ser superior a tres meses. Dicho plazo se fija en el art. 158.2 que establece un plazo para el desarrollo de la mediación,

pero no determina ninguna diferencia en relación a la fase procesal en la que se produzca la mediación. El objetivo de limitar el tiempo en el que el proceso penal puede estar suspendido por el desarrollo de un procedimiento de mediación tiene como finalidad que no se utilice la mediación con ánimo dilatorio²⁶⁵.

Se recogen algunos de los efectos que el procedimiento de mediación tendrá sobre el proceso. En caso de que el procedimiento de mediación ha comenzado antes del juicio oral no implica que se detengan las diligencias indispensables para la comprobación del delito (art. 158.1. ALECrím 2011). La falta de consentimiento de las partes implicará que continúe la tramitación del procedimiento (art. 158.3 ALECrím 2011).

La regulación del procedimiento de mediación continúa en el art. 159 en el que se detalla los pasos a seguir una vez finalizado el proceso de mediación:

1. *Concluido el proceso el equipo de mediación emitirá un informe sobre el resultado positivo o negativo de la actividad mediadora, acompañando, en caso positivo, el acta de reparación con los acuerdos a los que hayan llegado las partes.*
2. *El documento que incorpore el acta de reparación, se firmará por las partes y por sus representantes legales, si los hubiere, entregándose una copia a cada una de ellas.*
3. *En este supuesto, el fiscal, valorando los acuerdos a los que hayan llegado las partes, las circunstancias concurrentes y el estado del procedimiento, podrá:*
 - a) *Decretar el archivo por oportunidad de conformidad con lo establecido en los artículos 149 y 150 de esta ley, imponiendo como reglas de conducta los acuerdos alcanzados por las partes.*
En estos casos, no serán de aplicación los requisitos establecidos en las letras a) y b) del artículo 149.1 de esta ley.
 - b) *Proceder por las reglas especiales del procedimiento de conformidad.*
En estos supuestos, las víctimas serán siempre oídas aun cuando no se hubieran personado y la sentencia de conformidad incluirá los términos del acta de reparación.

Al igual que sucedía en al art. 158.2 y 158.4 el art. 159 también hace referencia al "Equipo de mediación". Sin embargo, el ALECrím 2011 no

265 GARCÍANDÍA GONZALEZ, *La regulación de la mediación*, p. 428.

contiene ninguna disposición que determine la composición de dicho equipo de mediación o unas normas que determinen que requisitos se deben de cumplir para poder ser parte del equipo mediador. Esta es por lo tanto una de las lagunas sobre todo si el objetivo es profesionalizar la actividad mediadora. Dicha laguna podría ser cubierta mediante legislación complementaria que regule el estatuto del mediador²⁶⁶.

La incorporación al proceso penal del resultado de la mediación se llevará a cabo a través del informe que realizará el equipo técnico que acompañará el “acta de reparación” con los acuerdos alcanzados. Para que tenga validez el acta de mediación deberá de ser firmada por las partes y sus representantes legales si es que los hubiese. A pesar de que no se regula nada sobre la participación de terceros ni específicamente sobre el papel que jugarían los letrados de las partes en el procedimiento de mediación queda claro que al menos antes de la firma del “acta de reparación” que será lo que de verdad tendrá incidencia en el proceso, la partes tendrán oportunidad de aclarar sus dudas sobre las repercusiones legales que podría tener el acuerdo alcanzado.

Si el resultado de la mediación es positivo, el fiscal tomando en consideración los acuerdos recogidos en el acta de reparación, las circunstancias del caso y el momento del procedimiento, podrá optar por dos formas de finalizar el proceso, decretando el archivo por oportunidad o siguiendo las reglas del procedimiento de conformidad. Ambas opciones se analizarán con detenimiento con posterioridad.

Tras analizar en los artículos anteriores, 158 y 159, la mediación en el inicio o en la instrucción el art. 160 regula la mediación en el juicio oral, regula textualmente lo siguiente:

Sin perjuicio de lo establecido en los artículos anteriores, el tribunal de enjuiciamiento podrá someter el proceso de mediación cuando todas las partes los soliciten.

En este supuesto, la mediación se desarrollará de conformidad con lo establecido en el artículo 158 de esta ley.

266 GARCÍANDÍA GONZÁLEZ, *La regulación de la mediación*, p. 442.

Si se alcanzare acuerdo, las conclusiones definitivas y la sentencia incluirán la atenuante de reparación.

En este caso, el responsable será el “tribunal de enjuiciamiento” y sólo podrá someterlo a mediación en caso de que todas las partes lo soliciten. Si el resultado fuera positivo la incidencia de la mediación en el procedimiento será a través de la atenuante de reparación que se afirma deberá de ser incluido.

La Directiva 2008/52/CE, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles afirma que, con el fin de alentar el uso de la mediación, los estados miembros deben de garantizar que las normas sobre los plazos de caducidad y prescripción no impidan que las partes que han acudido a mediación puedan posteriormente acudir a los tribunales si su intento fracasa. A pesar de que la citada Directiva no tiene incidencia en el caso de la mediación penal sí que resulta de interés que la misma idea sea de aplicación ²⁶⁷. El art. 161 de la ALECrím 2011 contiene una previsión específica acerca de la interrupción de la interrupción del plazo de prescripción:

El sometimiento a la mediación durante la tramitación de los juicios de faltas interrumpirá el plazo de prescripción de la correspondiente infracción penal.

Se limita en exclusiva al caso de las faltas. La interrupción será como mucho de tres meses por la limitación del art. 158.2 como plazo máximo para la mediación.

5.3.2. La terminación por oportunidad: archivo y suspensión condicional del proceso

Una de las principales diferencias de la ALECrím 2011 frente a la ALECrím 2012 es su apuesta por el principio de oportunidad y su clara vinculación con la mediación.

267 ETXEBERRIA GURIDI, *La mediación penal*, p.1283.

La Exposición de Motivos en su aptdo. XXIV afirma que introduce el principio de oportunidad reglada “como verdadera plasmación práctica de criterios político criminales basados en la falta de necesidad de pena en el caso concreto o en un margen de reducción de pena ligado a la institución de la conformidad”. Como veremos a continuación, el principio de oportunidad se plasma de distintas formas: como archivo por oportunidad (art. 149 ALECRim 2011); como suspensión del procedimiento por razones de oportunidad o archivo con condición como lo denomina la Exposición de motivos (art. 150. ALECRim 2011); como archivo por oportunidad en la fase intermedia por el Juez de la Audiencia Preliminar, con las mismas condiciones que para el archivo o suspensión provisional, y siempre que lo soliciten las partes personadas (art. 151. ALECRim 2011); y por último supuestos especiales de la oportunidad, relacionada con la persecución de organizaciones criminales, para evitar que la investigación de una sanción menor ponga en peligro un procedimiento contra la criminalidad organizada (art. 152 ALECRim 2011), vinculado a la figura del arrepentido (art. 153 ALECRim 2011) y el aplicado por el FGE cuando una investigación pueda suponer un riesgo para la seguridad nacional.

Como se ha visto en el análisis de la mediación penal, la mediación, como no podía ser de otra manera, se encuentra vinculada al principio de oportunidad (art. 159.3 ALECRim) y sus resultados positivos podrán dar lugar al archivo o suspensión por oportunidad (art. 149 y 150 ALECRim) por lo que se analizarán a continuación.

Antes de proceder al estudio de los artículos más directamente relacionados con la mediación se partirá del art. 148 por contener las reglas generales de la terminación por oportunidad:

1. *El procedimiento penal podrá concluir por razones de oportunidad cuando la imposición de la pena resulte innecesaria o contraproducente a los fines de prevención que constituyen su fundamento.*

Sólo cabrá la aplicación de criterios de oportunidad en los casos y con los requisitos fijados en este capítulo.

2. *Corresponde al Ministerio Fiscal la apreciación discrecional de las causas que permiten concluir el procedimiento por razones de oportunidad.*

El Fiscal General del Estado dictará las Circulares e Instrucciones generales que sean necesarias para asegurar la unidad de actuación en el ejercicio de esta facultad, asegurando el respeto efectivo al principio de igualdad en la aplicación de la ley penal.

3. *Corresponde a la autoridad judicial, en la forma prevista en este capítulo, el control del cumplimiento de los elementos reglados que permiten la aplicación del principio de oportunidad.*
4. *El investigado en ningún caso tienen derecho a instar la conclusión del procedimiento por razones de oportunidad.*

En primer lugar, resulta esencial destacar que se trata de una clara manifestación del principio de oportunidad reglada ya que tal y como se recoge en el art. 148 habrá de respetarse los requisitos fijados en el Capítulo II.

Será responsabilidad del MF, como garante del proceso de investigación, valorar si corresponde la aplicación del principio de oportunidad siempre respetando las Circulares e Instrucciones que la FGE dicte a tal efecto. El objetivo de dichos instrumentos será garantizar que pese a la valoración discrecional del MF se respete el principio de igualdad en la aplicación de la ley. Los elementos reglados se encontrarán sujetos a control judicial.

La persona investigada no tendrá la oportunidad de instar la finalización del proceso por razones de oportunidad ya que no se puede demandar por el simple cumplimiento de requisitos formales ya que tal y como afirma la Exposición de Motivos "a de asegurarse la autonomía de la decisión del Ministerio Fiscal conforme a los expresados criterios político-criminales, aplicados en el marco del principio de unidad de actuación".

Entre las manifestaciones del principio de oportunidad, se encuentra en archivo puro por razones de oportunidad regulado en el art. 149 de forma siguiente:

1. *Para todo tipo de faltas y para los delitos castigados con penas de prisión de hasta dos años, con multa cualquiera que sea su extensión, o con privación de derechos que no exceda de diez años, el fiscal podrá decretar su archivo total o parcial de la investigación siempre que:*
 - a) *La incidencia del hecho punible sobre los bienes o intereses legalmente protegidos resulte mínima o insignificante, dado el tiempo transcurrido desde la comisión de la infracción o las circunstancias en las que ésta se produjo.*
 - b) *Pueda reputarse mínima la culpabilidad del responsable, de forma que la imposición de la pena no haya de reportar ninguna utilidad pública.*
 - c) *La comisión de la infracción haya causado a su autor un perjuicio grave que haga innecesaria o manifiestamente desproporcionada la imposición de una pena.*
2. *No obstante, no cabrá el ejercicio de esta facultad discrecional cuando:*
 - a) *en la comisión del hecho haya violencia o intimidación,*
 - b) *el investigado haya sido condenado anteriormente por un delito de la misma naturaleza o por más de un delito de naturaleza distinta,*
 - c) *el investigado se haya beneficiado anteriormente de la aplicación por razón de delito de uno de los supuestos de oportunidad establecidos en este capítulo, La víctima sea menor de catorce años.*
3. *En cualquier caso, la facultad prevista en este artículo no será de aplicación a los delitos de violencia de género ni a los relacionados con la corrupción.*
4. *Decretado el archivo por oportunidad, quedará a salvo el derecho de los ofendidos o perjudicados por la infracción para obtener la reparación civil ante la jurisdicción correspondiente.*
5. *Si antes de la expiración del plazo de prescripción de la infracción el investigado cometiera un nuevo delito, el fiscal reabrirá el procedimiento archivado por razones de oportunidad, continuando su tramitación con plena sujeción al principio de legalidad.*

Será de aplicación sólo para faltas o delitos no graves y de escasa significación penal tanto desde la perspectiva de las consecuencias negativas de la infracción como desde a perspectiva de la culpabilidad del infractor, con las lógicas exclusiones: si concurre violencia o intimidación, si hay condena previa o si se trata de delitos de violencia de género o de corrupción.

Además del archivo, el proyecto presenta una novedad importante que permite la suspensión del procedimiento por razones de oportunidad con imposición de obligaciones o reglas de conducta. Así, el art. 150 afirma lo siguiente:

1. *En los supuestos de delitos castigados con penas de prisión de hasta cinco años o con cualesquiera otras penas de distinta naturaleza, siempre que concurren los requisitos fijados en el artículo anterior, el fiscal podrá acordar la suspensión del procedimiento de investigación, condicionándola al cumplimiento por el investigado de una o varias de las siguientes obligaciones o reglas de conducta:*
 - a) *Indemnizar al ofendido o perjudicado en la forma y cantidad que haya sido determinada.*
 - b) *Dar al ofendido o perjudicado una satisfacción moral que éste considere adecuada y suficiente.*
 - c) *Entregar al Estado o a instituciones públicas o privadas homologadas la cantidad que haya sido determinada.*
 - d) *No acudir a determinados lugares.*
 - e) *No aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el decreto del fiscal, o de comunicarse con ellos.*
 - f) *No ausentarse del lugar donde resida.*
 - g) *Comparecer personalmente en la Fiscalía, o en el servicio de la Administración que se señale al efecto, para informar de sus actividades y justificarlas.*
 - h) *Participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual u otros similares.*
 - i) *Someterse a tratamiento de deshabitación en centro o servicio público o privado debidamente acreditado u homologado, sin abandonar el mismo hasta su finalización.*
 - j) *Cumplir los demás deberes que el fiscal estime convenientes para su rehabilitación social, previa conformidad del investigado, siempre que no atenten contra su dignidad como persona.*
2. *La suspensión del procedimiento requiere en todo caso:*
 - a) *que el investigado haya reconocido su responsabilidad en la comisión de los hechos punible en la forma prevista en el artículo 253 de esta ley,*
 - b) *que se haya comprometido expresamente a cumplir las obligaciones y reglas de conducta establecidas en el plazo fijado al efecto, y*
 - c) *que el ofendido o perjudicado haya mostrado su conformidad con la suspensión y con las obligaciones y reglas de conducta impuestas al investigado.*

3. *La suspensión quedará siempre condicionada a que el sujeto no delinca en un plazo de dos años, quedando entretanto interrumpido el cómputo de la prescripción de la infracción cometida.*
4. *El plazo para el cumplimiento de las obligaciones o reglas de conducta se fijará atendiendo a las circunstancias del sujeto investigado, sin que pueda exceder de dos años.*
5. *Para el seguimiento y vigilancia de las obligaciones y reglas de conducta establecidas, el fiscal, sin perjuicio de dictar las órdenes o instrucciones pertinentes a la Policía Judicial, podrá recabar el apoyo necesario de los servicios sociales y de las autoridades administrativas.*
6. *Cumplidas las obligaciones y reglas de conducta en el plazo fijado y transcurridos dos años sin que el sujeto investigado haya delinquido, el fiscal, de oficio o a petición del interesado, remitirá el procedimiento al Juez de Garantías, que acordara su sobreseimiento, con pleno efecto de cosa juzgada, previa audiencia de la víctima del delito.*
7. *Cuando la persona investigada haya incumplido las obligaciones o reglas de conducta establecidas en el plazo fijado al efecto o cuando haya delinquido durante los dos años siguientes a la suspensión, el fiscal solicitará del Juez de Garantías la reapertura del procedimiento, que continuará por sus trámites con plena sujeción al principio de legalidad.*

La redacción del art. 150 del ALECrím 2011 recuerda sin duda al art. 84 del CP recientemente modificado, gracias al cual, como se ha visto, el juez o tribunal pueden condicionar la suspensión de la ejecución de la pena al cumplimiento de algunas medidas. A pesar de que en este caso no se mencione expresamente el cumplimiento de los objetivos alcanzados en un acuerdo de mediación, algunas de las reglas de conducta propuestas que permitirían la suspensión de la pena tienen un carácter marcadamente restaurativo. En unos casos, centradas en reparar a la víctima mediante indemnización o con una reparación simbólica; o con el objetivo de facilitar la "rehabilitación social" del "investigado", bien participando en programas formativos, culturales, de educación vial, sexual u otros similares; sometiéndose a tratamientos de deshabitación; u otros deberes que el fiscal pueda proponer siempre que se garantice la conformidad del investigado y su dignidad.

Se trata por lo tanto, de las formas de acuerdo que tradicionalmente se alcanzan en un proceso de mediación y, por lo tanto, no deja de ser un cauce para que incorporar los acuerdos restaurativos.

En cuanto a las grantías introducidas, al igual que sucede en el caso antes analizado de la mediación u en el caso de otros instrumentos restaurativos, la voluntariedad del “investigado” es esencial, así como, el reconocimiento de su responsabilidad en los hechos.

El plazo máximo que se puede establecer para el cumplimiento de las obligaciones es de dos años; siendo el mismo tiempo, dos años, el que se interrumpe la prescripción de la pena. A pesar de que en la Exposición de motivos anticipa la importancia de la interrupción de la prescripción sólo el art. 150.3 lo regula expresamente.

Esta figura es ciertamente novedosa para nuestra tradición. Sorprende que se permita su utilización para los delitos con penas de prisión castigados con hasta cinco años de prisión, lo cual nos acerca a las prácticas de otros países sobre todo anglosajones que cuentan con una larga tradición en el instituto de la *probation*²⁶⁸. La *Probation*, institución ampliamente extendida en el ámbito anglosajón se caracteriza porque se condena al inculcado por el delito cometido declarando su culpabilidad pero sin pronunciamiento de la pena; este pronunciamiento queda en suspenso y no llegará a producirse, si el sujeto cumple una serie de condiciones u obligaciones que se la han impuesto, quedando bajo la supervisión de un “*probation officer*”²⁶⁹. Por lo tanto, y volviendo a la ALECrím 2012, transcurridos los dos años en los que la pena quede suspendida, se realicen las obligaciones establecidas y no se delinca, se podrá consolidar la suspensión dando lugar al archivo sin que queden antecedentes penales. En caso contrario, se procederá a la reapertura del procedimiento.

268 Vid. GONZÁLEZ ZORRILLA, “*probation*”.

269 Una referencia, incluida a la *pretrial probation*, en MIR PUIG, *Parte General*, 10 ed., pp. 726 y ss y una comparación con el modelo alemán en ECHANO BASALDUA, *Suspensión condicional*, pp. 139 ss

5.3.3. La terminación por conformidad

Se concibe la conformidad como una manifestación del principio de oportunidad y la Exposición de Motivos afirma que el origen de la institución se encuentra en que “en ciertos supuestos la concreta necesidad de pena, sin verse totalmente descartada, sí que impone la atenuación de la respuesta punitiva para el caso concreto. De ahí que se establezca también un margen de reducción de pena que el MF puede utilizar en el marco de la solución consensuada”.

El tratamiento que el ALECrím 2011 hace de la conformidad, es mucho más amplio que el de la regulación en vigor, aunque como se verá con posterioridad, no llega a la amplitud de la regulación propuesta en el ALECrím 2012.

Su art. 137: regula de forma básica la terminación por conformidad de la siguiente forma:

1. *El proceso penal podrá concluir si la defensa acepta expresamente los hechos punibles, la calificación jurídica y las penas solicitadas o acordadas con las acusaciones.*
2. *La conformidad de todas las partes sobre estos extremos podrá dar lugar a una sentencia condenatoria con los requisitos y a través del procedimiento previsto en este capítulo.*

Se elimina la limitación de la conformidad en razón de la gravedad de la pena ya que como afirma la Exposición de Motivos, “esta limitación no ha tenido reflejo en la práctica y ha llevado a que proliferen las conformidades encubiertas cuando el asunto rebasa el límite de máximo de los cinco años de prisión”. A diferencia de lo que se analizará en el ALECrím 2012, para que la conformidad pueda tener efecto, sí será necesario que todos los acusados quienes muestren su consentimiento (art. 140 ALECrím 2011).

La eliminación de la limitación de la conformidad, se acompaña de nuevas garantías para el investigado, quien deberá tener pleno conocimiento de las consecuencias de la conformidad antes de prestar su consentimiento (art. 138 ALECrím 2011) y en los casos en los que la pena sea superior a cinco años de

prisión, su letrado le facilitará la información por escrito (art. 139 ALECrím 2011). Así mismo, el control judicial no corresponderá al órgano de enjuiciamiento, sino que corresponderá al denominado “Juez de la Conformidad” en aras de prevenir que el órgano enjuiciador estimule indebidamente la conformidad (art. 142 ALECrím 2011).

En esta propuesta de conformidad, aunque con una formulación más amplia que la actual tampoco garantiza que se trate de un cauce adecuado para un acuerdo restaurativo ya que la participación activa de la víctima no se encuentra garantizada.

5.4. Anteproyecto o Propuesta articulada de reforma de LECrím 2012

El Anteproyecto o propuesta de texto articulado de la Ley de Enjuiciamiento Criminal fue elaborado por la Comisión Institucional creada por Acuerdo de Consejo de Ministros de 2 de marzo de 2012. Esta segunda propuesta fue elaborada en la Xª legislatura bajo el gobierno del Partido Popular. A pesar de que el texto se encontraba elaborado al principio de la legislatura, tampoco en esta ocasión se ha logrado su aprobación²⁷⁰.

La Exposición de Motivos argumenta la necesidad de regular la mediación penal de la siguiente manera: “la instauración de la mediación penal era una necesidad no solo impuesta por obligaciones internacionales, sino también sentida y reclamada por la práctica, en la que ya se habían llevado a cabo experiencias alentadoras y fructíferas”. Reconoce que la regulación de la mediación es “escasa en preceptos (no es necesario más detalle) pero rica en lo que comporta de introducción de una nueva perspectiva en el Derecho

270 Al final de la legislatura si se aprobaron dos modificaciones no exentas de polémica, la primera: la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológicas, y la segunda, la LECrím Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales.

procesal penal". Es cierto que la aprobación del presente Anteproyecto hubiera supuesto un avance fundamental en el reconocimiento de la mediación, pero como se verá con más detalle a continuación, los cuatro preceptos que dedica la ALECrím 2012 a la mediación penal no consiguen aportar la suficiente claridad.

A diferencia de lo que sucedía en el Anteproyecto de 2011 en este caso la mediación y la conformidad no se encuentran directamente vinculadas como tampoco lo hace el principio de oportunidad. Así, "La mediación penal" se encuentra en el Libro II sobre "Disposiciones generales sobre las actuaciones procesales y la mediación penal" y "La conformidad" se ubicó en el Libro I sobre "sujetos y objeto del proceso penal". La mediación cuenta con un título propio, el VI, mientras que la conformidad es un capítulo dentro de un título más amplio que aborda el "objeto del proceso penal". Sin embargo, sí pueden condicionar el proceso penal y por ello, tras la mediación, se analizarán la conformidad y el principio de oportunidad.

En cuanto a la terminología utilizada, en la Exposición de Motivos se utilizan los conceptos de mediación y de justicia restaurativa como términos ambivalentes lo que genera una gran confusión en su lectura. Si bien la Exposición de motivos define de manera expresa la herramienta de la mediación no hace lo mismo con la justicia restaurativa y se limita a afirmar que no es un "un sustitutivo de los tradicionales fines de la justicia penal, sino como complemento necesario". En este sentido, es importante recordar lo analizado en la Directiva 2012/29/UE ya que hacía referencia a la "justicia reparadora" y no a la mediación por ello hubiera sido conveniente profundizar más cuando se alude la Directiva 2012/29/UE como antecedente de la mediación ya que el marco de esta es de mayor amplitud²⁷¹.

5.4.1. La mediación penal

El art. 143 bajo el título "Contenido de la mediación penal" define la mediación penal de la manera siguiente:

271 Ver ALONSO SALGADO, *Más allá de la mediación*.

Se entiende por mediación penal, a los efectos previstos en este Título, al procedimiento de solución del conflicto entre el encausado y la víctima libre y voluntariamente asumido por ambos en el que un tercero interviene para facilitar que alcancen un acuerdo.

Se trata de una definición concisa que sitúa la mediación como “procedimiento de resolución de conflictos”. En la propia definición incorpora el principio de voluntariedad como elemento esencial del procedimiento.

Al igual que sucedía con el ALECrím 2011, tampoco en esta definición se establece ninguna limitación por el tipo de infracción penal cometida. Se trata de un elemento positivo el que no se haya querido limitar la aplicación de la mediación a las infracciones más leves. Es más, en la Exposición de Motivos se afirma que no debe de estar vinculada a “la delincuencia menor”²⁷².

Tras la definición del concepto del art. 143, el art. 144 incide en el procedimiento de la “*Mediación institucionalizada o profesional*”:

1. *A la mediación penal realizada en instituciones de mediación o por profesionales de mediación serán aplicadas las normas establecidas en los arts. 6.1, 6.3, 7,8, 10.1, 10.3, 11, 12, 13, 14, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 25 y 26 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.*
2. *La voluntad de someter el conflicto con la víctima a mediación por el infractor se comunicará a la víctima por el Ministerio Fiscal, cuando no lo considere inadecuado en razón a la naturaleza del hecho. La comunicación se realizará directamente o a través de la Oficina de Atención a las Víctimas.*
3. *La institución de mediación o el mediador comunicarán el inicio y la finalización del procedimiento de mediación, con su resultado, al Ministerio Fiscal.*
4. *El mediador se encuentra sometido a secreto profesional y no podrá declarar sobre los hechos de los que tenga conocimiento con ocasión de su intervención en el procedimiento.*
5. *La mediación penal será siempre gratuita.*

272 ETXEBERRIA GURIDI, La mediación penal.

El art. 144.1. prevé que a la “mediación realizada en instituciones de mediación o por profesionales de mediación” le serán de aplicación diversas normas recogidas en varios artículos de la ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles²⁷³.

Comienza con la remisión a los principios que deben de informar la mediación: la voluntariedad y la libre disposición de las partes, tanto de comenzar el procedimiento como de permanecer en él hasta su conclusión; la igualdad de las partes y la imparcialidad de los mediadores; y, por último, la neutralidad de las personas mediadoras a fin de permitir que sean las partes las que alcancen un acuerdo. Se regula, además, el compromiso de las partes en el procedimiento para que colaboren y apoyen la actuación de la persona mediadora y se alude a la flexibilidad del procedimiento en tanto y cuanto la “mediación se organizará del modo que las partes tengan por conveniente” siempre y cuando se respeten los principios establecidos en la ley.

Otro de los puntos a los que se realiza una remisión amplia es a la regulación de la figura del mediador. El ALECRim 2012 asume íntegramente el Título III nombrado como “El estatuto del mediador” salvo por el artículo 15 responsable de regular el coste de la mediación. Dicha salvedad se encuentra plenamente justificada ya que el art. 144.5 del ALECRim 2012 prevé la gratuidad del servicio de mediación penal. Además, claro está, por el carácter público del derecho penal.

Por lo tanto, en lo referente a las “condiciones para ejercer de mediador”, “la calidad y la autorregulación de la mediación”, la “actuación del mediador” y “la responsabilidad de los mediadores” la mediación penal seguirá las mismas reglas que las de la mediación civil y mercantil.

Otra remisión importante es la dedicada al procedimiento de mediación en el que se regula las sesiones informativas y la información que se debe de

273 Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles que entró en vigor el 27 de julio de 2012 y fue desarrollada por el Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles principalmente respecto a obligaciones de aseguramiento, de mediadores, de instituciones de mediación y de procedimientos electrónicos.

aportar a las partes, la posibilidad de que en la mediación participen uno o varios mediadores; los elementos de la sesión constitutiva; como se deben de desarrollar las actuaciones de mediación; como puede concluir el proceso; y la definición del acuerdo de mediación.

Los últimos dos preceptos, a los que remite son los relacionados con la “formalización del título ejecutivo” y el “tribunal competente para la ejecución de los acuerdos de mediación”. No se entiende bien la remisión a estos dos artículos que regulan el modo en el que el acuerdo de mediación debe de ser elevado a escritura pública, y el tribunal responsable de ejecutar los acuerdos haciendo referencia en ambos casos a la Ley de Enjuiciamiento Civil. La única propuesta que parece tener cabida es la realizada por CASTILLEJO MANZANARES quien afirma que se debe de entender que estos artículos afectan únicamente a la responsabilidad civil que acompaña a algunos supuestos de responsabilidad penal²⁷⁴.

Si bien es cierto que la mediación civil y mercantil comparte los mismos principios que la mediación penal, los artículos de la Ley 5/2012 a los que remite la ALECRim 2012 no se ajustan del todo a los criterios del proceso penal lo que se podría generar inseguridad en la interpretación de algunos de sus preceptos. Hubiera sido deseable un desarrollo específico para el caso del procedimiento penal o, aún mejor, la aprobación de una ley específica al igual que sucede en el caso de la mediación en asuntos civiles y mercantiles.

De la lectura del art. 144.2 se deduce que el MF es el órgano competente para derivar un asunto a mediación penal. Será, por tanto, el responsable de decidir si procede o no derivar un asunto a mediación. A pesar de que como se ha dicho respecto de la definición del art. 143, no se regule ninguna limitación objetiva a la mediación; el art. 144.2 si contiene una limitación general y es que el MF “no lo considere inadecuado en razón de la naturaleza del hecho”. Comparto con ETXEBERRIA GURIDI la estimación de que sería más adecuado contar con unos criterios más concretos en base a los que considerar adecuada la mediación y de que la redacción, ya analizada, del ALECRim 2011 en este

274 CASTILLEJO MANZANARES, *El procedimiento de Mediación*, p. 736.

punto parece más adecuada por su mayor concreción y por no centrarse en la naturaleza del hecho y permitir tener en cuenta circunstancias relevantes como el equilibrio entre víctima e infractor²⁷⁵.

Las funciones del MF en el procedimiento de mediación no terminan con la decisión de permitir la derivación de un asunto o no a mediación. El MF juega un rol central en el procedimiento, es el organizador o garante del procedimiento de mediación. Es él quien comunica a la víctima la voluntad del infractor de someterse a mediación (art. 144.2), es quien deberá estar informado del inicio y del fin del procedimiento, así como del resultado obtenido (art. 144.3) y como se verá más adelante, también tiene la capacidad de suspender las Diligencias de investigación. Por lo tanto, aunque no se dice de forma expresa será el responsable de supervisar el desarrollo del proceso o al menos de notificar las incidencias que se consideren relevantes

Continuando con el análisis del art. 144.2 se puede inferir que la iniciativa de someter el conflicto a mediación compete en exclusiva al infractor a pesar de que posteriormente la víctima deba de expresar su consentimiento²⁷⁶. Esta interpretación, imposibilitaría que el procedimiento de mediación se iniciara a petición de la víctima, de oficio o incluso de común acuerdo entre víctima e infractor. Si bien es cierto que la literalidad del texto es clara, no parece que sea una limitación razonable ni que respete los principios de la mediación ni la filosofía restaurativa. Parece, por tanto, más razonable entender que se trate de una garantía para la víctima, y tal y como sucede en la regulación en el caso de los menores infractores o en la práctica habitual de las experiencias en adultos de mediación penal, que el objetivo sea no generar expectativas hasta que el MF haya considerado adecuado comenzar el procedimiento de mediación.

El último de los principios básicos del procedimiento de mediación que faltaba por analizar era el de la confidencialidad que está regulado al menos de forma parcial en el art. 144.4 en el que se dispone el secreto profesional de la

275 ETXEBERRIA GURIDI, *La mediación penal*, p.1272 y ss.

276 COELLO PULIDO, *Mediación en causas penales*, p. 785.

persona mediadora. El precepto prohíbe a la persona mediadora declarar sobre los hechos de los que tenga conocimiento a raíz de su intervención, pero se olvida de garantizar la confidencialidad entre las partes²⁷⁷. El art. 144.1 excluye la remisión al art. 9 de la Ley 5/2012 en el que se regula la “confidencialidad” y no establece nada al respecto por lo que no se estarían respetando las directrices de la Directiva 2012/29/UE que lo prevé como norma general²⁷⁸.

El art. 145 regula los efectos procesales del procedimiento de la mediación penal. Bajo el nombre “*Suspensión de las Diligencias de Investigación*”, afirma lo siguiente:

Quando el Ministerio Fiscal tenga conocimiento de la existencia de un procedimiento de mediación penal podrá suspender las Diligencias de Investigación mediante decreto si lo considera oportuno.

La potestad del MF de suspender las diligencias de investigación está plenamente justificada en el contexto del ALECRim 2011 ya que la dirección de las Diligencias de Investigación que sustituyen a la actual instrucción judicial corresponde al MF (art. 240 ALECRim 2011)²⁷⁹.

Un elemento que complica la comprensión de este punto es lo referente a que se podrán suspender las diligencias de investigación, cuando el MF “tenga conocimiento de la existencia de un procedimiento de mediación penal”. Del análisis del art. 144.2 se deducía que el MF era el órgano competente para derivar un asunto a mediación, pero en vista del art. 145, parece que las opciones son más amplias.

Tampoco queda claro si la mediación se limita al momento procesal de las diligencias de investigación. A pesar de que no se diga de forma expresa, debido al importante rol del MF y a que el único efecto procesal sea la suspensión de las Diligencias de Investigación, parece que la mediación está pensada únicamente

277 MANZANEROS JIMENEZ, *La mediación penal*, p 819.

278 MARTINEZ DIZ, *Mediación y Justicia penal*, p. 771.

279 ETXEBERRIA GURIDI, *La mediación penal*, p. 1274.

para que pueda llevarse a cabo en esta fase. Aunque teniendo en cuenta la ambigüedad del artículo podría recurrirse a la mediación más allá de la fase de instrucción.

Actualmente las experiencias de mediación ya consolidadas y ya con mayor legitimidad desde la entrada en vigor del EVD. Están realizando mediación en todas las fases del proceso penal incluso en la ejecución. Por lo tanto, una interpretación más amplia sería deseable.

El último artículo referente a la mediación es el art. 146 que desarrolla los “Efectos de la mediación” en este caso materiales:

Ni el Ministerio Fiscal ni los Tribunales ofrecerán ventajas al encausado por el hecho de someterse a un procedimiento de mediación, sin perjuicio de los efectos procesales o materiales que puedan derivarse conforme a la Ley del acuerdo con la víctima si se alcanza.

El artículo subraya que la mera participación en un proceso de mediación no implica ningún beneficio penológico para el infractor. Los beneficios que pueda obtener lo serán como consecuencia del acuerdo alcanzado con la víctima. Parece por lo tanto que se espera que dichos efectos sean regulados en el CP.

5.4.2. Sobreseimiento por razón de oportunidad: archivo y suspensión condicional del proceso

La Exposición de Motivos asegura que el ALECrím 2012 “instaura con carácter general en nuestro ordenamiento el principio de oportunidad”. Así, el art. 90 bajo el título “legalidad y oportunidad” afirma literalmente lo siguiente:

El Ministerio Fiscal estará obligado a ejercer la acción penal cuando entienda suficientemente fundada la atribución del hecho punible al encausado, salvo que concurra motivo bastante para la suspensión o sobreseimiento de la causa por razón de oportunidad conforme a lo previsto en los artículos siguientes.

Como norma general, el fiscal deberá atenerse al principio de legalidad y ejercer la acción penal cuando considere que existen razones fundadas para

ello, con todo, cuando concurren ciertos condicionamientos podrá remitirse al principio de oportunidad y suspender o sobreseer el asunto. Se trata por lo tanto de una manifestación de oportunidad reglada o tasada.

Entre los “motivos de sobreseimiento por razones de oportunidad” no se encuentra la mediación penal, lo que supone una oportunidad perdida para clarificar la incidencia posible del acuerdo de mediación en el proceso penal. Por lo tanto, el acuerdo alcanzado en mediación no es motivo suficiente para la petición del sobreseimiento.

Una posibilidad para otorgar consecuencias a la mediación o a otras medidas restaurativas a través del principio de oportunidad, la encontramos en el art. 91.1.1 del ALECrím, entre los motivos de sobreseimiento por razones de oportunidad se encuentra la siguiente: “cuando el delito sea de escasa gravedad y no exista un interés público relevante en la persecución, atendidas todas las circunstancias”. En ese caso, se estaría limitando el ámbito de aplicación a los supuestos de menor gravedad. Para otros casos, sería necesario buscar otras fórmulas que ya se están utilizando en la actualidad como la conformidad o la aplicación de atenuantes.

El art. 91.2. continúa con la enumeración de las causas que pueden dar lugar al sobreseimiento por razones de oportunidad, también en este caso para delitos leves o menos graves pero refiriéndose específicamente a la suspensión condicional del proceso, textualmente establece que:

Cuando la causa hubiera sido suspendida, conforme al artículo siguiente, por un plazo otorgado al encausado para la satisfacción de condiciones aceptadas por el mismo y dichas condiciones hubieran sido cumplidas satisfactoriamente.

Además del sobreseimiento definitivo, interesa subrayar la figura de lo que el art. 92.1 denomina la “suspensión para el cumplimiento de prestaciones”. Al igual que sucedía en el ALECrím 2011, aquí también estamos ante una modalidad de *probation* que suspende condicionalmente el proceso estableciendo la obligatoriedad de realizar determinadas prestaciones o de someterse a tratamiento de manera que, si se cumple satisfactoriamente lo

aceptado por el investigado, transcurrido el plazo previsto, tendrá lugar el sobreseimiento definitivo. Ciertamente, estamos ante una figura paralela al art. 84 del CP. Así como aquella evita la ejecución de la pena, pero mantiene la sentencia condenatoria impuesta y mantiene el registro del antecedente penal, en este caso, no hay sentencia condenatoria ni tampoco antecedentes penales. Así textualmente determina que:

Durante la fase de investigación la causa por delitos leves o menos graves podrá suspenderse por un plazo de hasta dos años cuando el encausado acepte la realización de prestaciones de dar, hacer o no hacer que le proponga el Ministerio Fiscal con el fin de afrontar su responsabilidad civil, someterse a tratamiento de su adicción en su caso o realizar trabajos en beneficio de la comunidad que priven de sentido a la imposición de pena.

Por lo tanto, en caso de delitos leves o menos graves, cabe la suspensión o sobreseimiento provisional por un plazo temporal que puede ser de hasta dos años. Para ello, es necesario que el acusado acepte voluntariamente la realización de determinadas prestaciones con el fin de hacer frente a la responsabilidad civil, someterse a un tratamiento de adicciones o realizar trabajos en beneficio de la comunidad. Cuando en efecto se realizasen dichas prestaciones se obtendría el sobreseimiento por razones de oportunidad ya que como dice el propio texto, en estos supuestos se entiende que ya no tiene sentido la imputación de la pena ya que la aportación voluntaria de actividades positivas que realiza el infractor supone la aceptación de la propia responsabilidad.

Efectivamente como señala, GONZALEZ CANO “el art. 145 y el art. 92 articulan un auténtico sistema de suspensión de proceso bajo condición”²⁸⁰. El art. 145 permite como se ha visto que el MF suspenda las diligencias de investigación cuando tenga conocimiento de proceso de mediación. Y, la “suspensión para el cumplimiento de prestaciones” que prevé el art. 92 podría derivarse de un acuerdo de mediación intraprocesal que puede dar lugar a un sobreseimiento por razones de oportunidad de acuerdo con el art. 91.2 del ALECrim.

280 GONZALEZ CANO, *La mediación*, p.713.

5.4.3. La conformidad en relación con la mediación penal

La Exposición de Motivos del ALECRim 2012 vincula en cierta forma la mediación a la conformidad, aunque sostiene que ligarlas de forma directa puede ser una visión reduccionista²⁸¹ ya que no todo acuerdo de mediación tiene porqué terminar en conformidad ni toda conformidad debe de partir de un acuerdo previo de mediación.

El Anteproyecto pretende fortalecer la herramienta de la conformidad y para ello establece cauces para flexibilizarla. Así la Exposición de Motivos afirma que potenciará la conformidad “mediante la extensión de su ámbito de aplicación a cualquier delito, con independencia de su gravedad, la admisión de su validez sin necesidad de su asunción por todos los acusados y la precisión de la reducción de la sanción en un tercio siempre que la conformidad se produzca antes de que finalice el plazo para la presentación del escrito de defensa”. El presente apartado se centrará en esas bases sobre las que se pretende favorecer la conformidad por ser las principales novedades que propone el ALECRim 2012 en este ámbito.

La regulación en este ámbito comienza con el art. 102, el cual establece la definición y la finalidad de la conformidad en el ALECRim 2012, de la siguiente manera:

1. *La conformidad de la acusación y la defensa sobre los hechos punibles, la calificación jurídica y las penas solicitadas o acordadas con las acusaciones dará lugar a una sentencia condenatoria cuando se cumplan los requisitos establecidos en este Capítulo y las demás disposiciones aplicables de este Código.*
2. *La conformidad tiene como objetivo principal la evitación del resto del procedimiento hasta la sentencia.*

281 IV Libro II: Disposiciones generales sobre las actuaciones procesales y mediación penal “La justicia restaurativa se concibe no como sustitutivo de los tradicionales fines de la justicia penal, sin dejarlo vinculado al principio de oportunidad o al instituto de la conformidad, lo que supone una visión estrecha de la mediación, o a criterios utilitaristas o a la delincuencia menor. Ni toda mediación ha de acabar en la aplicación del principio de oportunidad o una conformidad, ni éstas reclaman necesariamente una mediación previa”

La conformidad supone, por lo tanto, concluir el proceso penal mediante sentencia condenatoria cuando la acusación y la defensa lleguen a un acuerdo sobre los hechos ocurridos, su calificación jurídica y la pena a imponer.

El apartado segundo subraya el carácter utilitarista de la institución al afirmar que el objetivo de la conformidad es evitar que continúe el procedimiento. Luego, el ALECrím 2012 deja de lado otros principios para centrarse en la celeridad del procedimiento²⁸².

El art. 103 del ALECrím regula el ámbito de aplicación de la conformidad, así dice de manera literal:

- 1. Será posible alcanzar y someter al órgano judicial una propuesta de conformidad en cualquier momento del procedimiento, cualquiera que sea el tipo de delito y con independencia de la pena que le corresponda.*
- 2. La conformidad es admisible, aunque sean varios los encausados y no todos se conformaren. Su contenido no vinculará en el juicio que se celebre en relación con los no conformes.*
- 3. Las disposiciones establecidas en este Capítulo son aplicables a la conformidad, cualquiera que sea el proceso que se produzca.*

El aptdo. primero amplía los límites objetivos de la conformidad previendo su aplicación independientemente del tipo delictivo y cualquiera que sea la pena prevista. Con la regulación vigente, no se limita la conformidad a ningún delito, la limitación se fija en función de la pena concreta solicitada por las partes, pero no en función de la pena abstracta del CP. No pudiendo la petición de pena en ningún caso superar los seis años.

La propuesta de regulación no hace sino ajustar la legislación a la realidad práctica de los tribunales. Con frecuencia, los tribunales admiten la conformidad del acusado para delitos a los que en principio correspondería una pena superior a los seis años pero que no llegan tenerla ya que el MF actúa de una forma más

282 CHOZAS ALONSO, *La conformidad*.

benévola en aras de posibilitar una conformidad²⁸³. Más allá de que se trate de otorgar legalidad a una realidad efectiva, conviene plantearse si se trata de la medida más adecuada para todo tipo de delitos. Considero que la conformidad, el llegar a pactos o a acuerdos, debería de estar limitada a los delitos menos graves y en el caso de los delitos más graves sería exigible al menos que al acuerdo se hubiera llegado tras un proceso de mediación o tras la utilización de otra herramienta de justicia restaurativa que permita certificar que el infractor ha participado de una manera directa y ha realizado un esfuerzo reparador.

Es también destacable en el apartado primero la ampliación del momento procesal en el que se permite llegar a una conformidad. Como se ha podido ver en el presente capítulo, hasta ahora, la conformidad se encontraba limitada hasta la apertura del juicio oral y “antes de iniciarse la práctica de la prueba”²⁸⁴, sin embargo, el anteproyecto permite que el acuerdo pueda darse en cualquier momento del proceso. Incluso, el art. 111 del ALECrIm 2012 regula que es posible alcanzar la conformidad en el desarrollo del juicio oral²⁸⁵.

Otra reforma no menos importante hubiera sido la del aptdo. 2 que permite que la sentencia de conformidad sea dictada a pesar de que no todos los encausados se conformen. Como se veía en la Exposición de Motivos, es otro de los mecanismos de flexibilización ya que en la actualidad es necesario que todos los acusados se conformen con la petición de mayor gravedad, de otra forma el juicio oral deberá de celebrarse para todos. La propuesta conlleva el riesgo de que pueda surgir alguna contradicción entre los juicios, pero de esa forma no se castiga a quien está dispuesto a llegar a un acuerdo²⁸⁶.

Una vez analizado en qué casos se permite un acuerdo de mediación, el análisis continúa con el art. 104 que regula los efectos de la conformidad en la pena:

283 AGUILERA MORALES, *La conformidad*, pp. 854 y ss.

284 Art.787.1 LECrim.

285 ETXEBERRIA GURIDI, *La mediación penal*, p. 1279.

286 AGUILERA MORALES, *La conformidad*, p. 855.

Cuando la conformidad se alcanzará antes de expirar el plazo para la presentación del escrito de defensa, la pena sobre la que recaiga la conformidad será rebajada en un tercio en la sentencia, aun cuando ello suponga la imposición de una pena inferior al límite mínimo previsto en el Código Penal.

A pesar de que el art. 103 permite la conformidad en cualquier momento del proceso, si está se alcanza antes de finalizar el plazo para la presentación del escrito de defensa, se podrá aplicar una conformidad premiada que supondrá que una rebaja importante de la pena. Un tercio en la sentencia independientemente del delito o de la pena prevista para el caso en concreto. En la actualidad, este tipo de conformidad se aplica sólo en los juicios rápidos y siempre que se cumplan una serie de circunstancias que implican que la conformidad se encuentra limitada a los delitos menos graves²⁸⁷.

5.5. Recapitulación

En el presente apartado, dedicado a la normativa procesal, se ha analizado la regulación que permite dar cabida a los acuerdos restaurativos en el proceso penal. En primer lugar, se aborda el instituto de la conformidad que aludiendo al título de la tesis no deja de ser una previsión normativa "equivoca". No es desde luego un instituto incompatible con la justicia restaurativa, ya que, de hecho, en la actualidad, y a falta de una regulación completa que permita dotar de efectos a los acuerdos restaurativos, es uno de los cauces utilizados. Sin embargo, el procedimiento de la conformidad, dista mucho de fomentar la participación activa de las partes en el proceso o de promover la responsabilización del infractor. Se puede afirmar, que la conformidad tal y como está configurada, puede incluso desincentivar la participación en procedimientos puramente restaurativos como el de la mediación; ya que por medio de la conformidad y realizando un esfuerzo personal menor, se puede asegurar (particularmente en la conformidad premiada) una rebaja significativa de la pena. Este resultado no será tan cierto en el caso de que se haya alcanzado un acuerdo restaurativo a pesar de que el esfuerzo personal realizado se mucho mayor.

287 FERNÁNDEZ FUSTES, *La conformidad*, p. 886.

En segundo lugar, la reforma introducida en el CP por la LO 1/2015 que suprime las faltas y crea la nueva clasificación de “delitos leves” trae consigo, una manifestación de oportunidad reglada. Amparada en el principio de intervención mínima, pero aludiendo también a la falta de medios en el sistema judicial se abre la posibilidad a que los delitos leves puedan no ser perseguidos. Se abre, por lo tanto, una vía más para que los acuerdos adoptados en un marco restaurativo, puedan tener impacto en el proceso penal.

Finalmente, se han abordado los Anteproyectos para una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011 y de 2012 que, a pesar de no haber entrado en vigor, resulta de interés su estudio. Aunque la regulación sea diferente, ambos proyectos dedican de forma “explícita” previsiones a la mediación, a la conformidad, así como al archivo y suspensión condicional vinculado al principio de oportunidad. En ambos casos, el reconocimiento a la figura de la mediación es significativo en la Exposición de Motivos, pero en el articulado, el ALECRim 2011 dice poco de sus efectos y el ALECRim 2012 opta por tratamiento muy esquemático. En el caso de la conformidad, ambos textos amplían de forma considerable la posibilidad de su aplicación, más el ALECRim 2011 que el 2012 y; por último, se analiza la incorporación del principio de oportunidad. Entre sus expresiones reguladas, destaca la suspensión de la ejecución condicionada al cumplimiento de algunas medidas que sin duda recuerda al instituto de la *probation*.

6. Previsiones normativas en el ámbito penitenciario

En la ejecución de las penas impuestas, la CE se guía por el ideal resocializador que se plasma especialmente en las penas privativas de libertad, así su art. 25.2 establece que “las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social”. El art. 1 de la LOGP asienta la finalidad resocializadora atribuida a la pena de prisión y afirma que el fin primordial de las instituciones penitenciarias será “la reeducación y la reinserción social de los sentenciados a penas y medidas privativas de libertad, así como la retención y custodia de detenidos, presos y penados”. Este objetivo se pretende alcanzar mediante el tratamiento penitenciario que se define en el art. 59.1. de la LOGP como: “el conjunto de actividades directamente dirigidas a la consecución de la reeducación y reinserción social de los penados”. La orientación general hacia la reeducación y hacia la reinserción social de las personas presas, encaja perfectamente con la filosofía restaurativa.

Sin embargo, ni la LOGP ni el RP penitenciario hacen ninguna referencia a la justicia restaurativa o a la mediación. Pero al igual que ocurría en el derecho penal hasta la entrada en vigor de la reforma del CP de 2015 y la entrada en vigor del EVD, ello no ha sido un obstáculo para que hayan surgido diversas experiencias de mediación penitenciaria²⁸⁸.

En el “Informe General 2013”, la SGIP considera que la “resolución dialogada de conflictos” es un programa de tratamiento de especial relevancia que “pretende que los internos que presentan un determinado problema de convivencia lo resuelvan de manera pacífica, contando con el apoyo de un mediador”²⁸⁹ y, según los datos aportados por el informe, el programa se desarrolla desde el año 2007 y ya en el 2013 se llevó a cabo en 13 centros penitenciarios.

288 RÍOS MARTÍN, *Manual de ejecución penitenciaria* passim.

289 MINISTERIO DE INTERIOR- Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, *Informe General 2013*, p. 42.

La página web de la SGIP detalla las características del servicio y afirma que se trata de un servicio permanente que actúa cuando tiene conocimiento de algún conflicto entre internos. La intervención se realiza tanto por profesionales penitenciarios como por mediadores profesionales que colaboran con la prisión. Las fases del proceso definidas son las habituales en un proceso de mediación. Es decir, una primera fase de explicación y ofrecimiento a participar en un procedimiento de mediación que se realizará de forma separada con cada uno de los internos en conflicto. Una segunda fase en la que se producirá en encuentro dialogado y la búsqueda de acuerdos y, una tercera y última fase que será la de aceptación de los compromisos²⁹⁰.

A pesar de que no haya una regulación expresa, sí encontramos una referencia concreta a la mediación, aunque de forma indirecta en la Instrucción 2/2012 de la SGIP que regula la “Intervención de organizaciones no gubernamentales, asociaciones y entidades colaboradores en el ámbito penitenciario” y que establece un “Catálogo de programas de intervención para ONG en el medio penitenciario”, ya que sostiene se debe favorecer la participación ciudadana a través de asociaciones y organismos no gubernamentales que colaboren para procurar la reinserción social y la plena integración de los internos. Entre los programas recogidos y como parte de los clasificados como de integración social, figuran los programas de “Mediación penitenciaria (interno/funcionario, interno/interno, funcionario/ONG)” y los de “Justicia restaurativa: conciencia y reparación del daño (interno/víctima; interno/sociedad)”.

Por lo tanto, a pesar de que las experiencias más asentadas se dan en la mediación penitenciaria, es decir, vinculadas a la solución de conflictos surgidos en la misma prisión, también encontramos programas restaurativos en fase de ejecución, aunque la ejecución pase por la permanencia en prisión. Aunque en esta fase puedan darse mayores dificultades para alcanzar un acuerdo de mediación, en ocasiones el tiempo que ha transcurrido desde que se cometió el hecho delictivo hace que se pueda abordar lo sucedido desde una posición más reflexiva²⁹¹.

290 <http://www.institucionpenitenciaria.es/web/portal/Reeducacion/ProgramasEspecificos/resolucionDialogadaConflictos.html>. Ver BURGOS FERNÁNDEZ, programa de mediación.

291 ORTIZ GONZALEZ, ámbito penitenciario, pp. 241 y ss.

Uno de los aspectos que más se cuestionan es la posibilidad de aplicar la justicia restaurativa en el caso de delitos muy graves. En este sentido, una experiencia de gran interés y también muy mediática ha sido la llevada a cabo durante el segundo semestre de 2011 y hasta el mes de mayo de 2012, promovida por la Dirección de Víctimas del Terrorismo del Gobierno Vasco; en la que se facilitaban encuentros restaurativos entre presos que habían abandonado ETA y víctimas de delitos de terrorismo²⁹².

La Instrucción 2/2012 viene a actualizar y a refundir la Instrucción 9/2009 y la 20/2011 debido a una serie de cambios normativos. Sin embargo, es conveniente estudiar la derogada instrucción 9/2009 ya que en ella por primera vez se hace una mención explícita a los programas de mediación y a la Justicia restaurativa de forma literal afirma lo siguiente:

Cabe señalar también que los programas de mediación penitenciaria, introducidos en el nuevo catálogo, conforman un dispositivo de carácter educativo para la conciliación y resolución de conflictos ya que facilitan a los sujetos la asunción de responsabilidad con relación a los conflictos en que participa. De igual forma y en la misma línea, estos programas y los de Justicia Restaurativa introducen un elemento alternativo generador de aprendizajes positivos de primer orden, que habrá que revertir necesariamente en la pacificación de la convivencia y en la asunción de comportamientos no violentos.

La sanción de una pena privativa de libertad genera en las personas irresponsabilización, despersonalización e incapacidad para asumir las consecuencias negativas de sus actos²⁹³. El hecho de que en la prisión todo se encuentre normativizado lleva consigo una infantilización del condenado y debilita su capacidad de responsabilización. La persona presa se ve obligada a interiorizar conductas de sumisión, a la disciplina carcelaria. Se produce un proceso adaptativo al medio carcelario, una "adaptación normalizadora a un medio social caracterizado por la omnipresencia de relaciones de dominación,

292 PASCUAL RODRIGUEZ/CARLOS RIOS MARTIN, *Encuentros Restaurativos*.

293 ORTIZ GONZALEZ, ámbito penitenciario.

disciplina, obediencia irracional, estancia obligada, sumisión permanente, y tensión violenta de las relaciones”²⁹⁴.

Debido a la convivencia forzosa y a las dinámicas antes expuestas, la prisión se convierte en un entorno proclive a la gestación y desarrollo de todo tipo de conflictos. Los conflictos que surgen en prisión evidentemente generan problemas de convivencia que dan lugar a actos violentos por parte de los internos y de forma ordinaria se recurre a las sanciones disciplinarias. Pero las negativas consecuencia de los conflictos mal gestionados, también pueden incidir de forma negativa en la evolución penitenciaria de los internos ya que esta se basa en su conducta. La separación interior, los permisos de salida, la clasificación en grados de tratamiento, los beneficios penitenciarios, la libertad condicional, las recompensa ... se encuentran condicionados entre otros criterios de definición la conducta del interno²⁹⁵.

Los acuerdos restaurativos finalizados con éxito entre las personas presas que habían sido sancionadas disciplinariamente tendrán incidencia a través del art. 255.1 del RP y las sanciones podrán ser suspendidas o reducidas y revocadas conforme al art. 256 RP²⁹⁶.

294 RÍOS MARTÍN, *Manual de ejecución penitenciaria*, y pp. 91 y ss.

295 DE LA CRUZ MARQUEZ, *El conflicto en prisión*, pp. 457 y ss.

296 SEGOVIA BERNABÉ, *mediación penitenciaria*

CAPÍTULO IV:

**ATENUANTES POSTDELICTIVAS
COMO MARCO SUSCEPTIBLE
DE UNA PERSPECTIVA
RESTAURATIVA**

1. Introducción

Se dedica este capítulo al análisis de las atenuantes de confesión y de reparación (art. 21. números 4 y 5 CP) que, como figuras construidas sobre conductas positivas posteriores a la comisión de delito se encuentran en la línea de las manifestaciones que caracterizan la “justicia restaurativa”: la asunción de responsabilidad, los esfuerzos para llevar a cabo una reparación material o simbólica, la participación en un programa de conciliación o de mediación, la petición de disculpas. En la práctica, los programas pilotos de mediación o conciliación pretenden encontrar en tales figuras la posibilidad de que los jueces traduzcan en una de esas atenuantes la consecución de acuerdos de reparación en tales programas²⁹⁷.

Estamos ante previsiones que provienen de la atenuante tradicional de “arrepentimiento espontáneo”²⁹⁸, en la cual la actitud interna de constrictión y la espontaneidad, arrepentirse antes de ser descubierto el delito, se consideraban indicadores de una disminución de la culpabilidad y de la reprobación moral que merecía la conducta delictiva²⁹⁹. La evolución de las concepciones jurídico-culturales, reflejada en la propia jurisprudencia de los años 90, llevaron al legislador a un cambio de formulación, que se plasma en el nuevo CP de 1995: por un lado, desaparece la referencia al elemento anímico “actuar a impulsos del arrepentimiento espontáneo” por la denuncia de sus connotaciones moralizantes, y por otro lado, se escinde en dos atenuantes separadas, de “confesión, y de “reparación del daño causado a la víctima o disminución de sus efectos”.

La reforma de 1995 plasma la evolución del primigenio significado del “arrepentimiento activo”. El nuevo fundamento jurídico material se aleja de las

297 Vid MARTINEZ ESCAMILLA, *justicia reparadora*, pp. 468 y ss.

298 Textualmente decía el antiguo art 9.9 del anterior CP que era circunstancia atenuante “La de haber procedido el culpable antes de conocer la apertura del procedimiento judicial, y por impulsos de arrepentimiento espontáneo, a reparar o disminuir los efectos del delito, a dar satisfacción al ofendido o a confesar a las autoridades la infracción”.

299 Por todos, Vid ALONSO ALAMO, *El sistema de las circunstancias del delito*, pp. 435 y ss.

apreciaciones sobre la “menor culpabilidad o reproche” y pasa a situarse en el plano de la “menor necesidad de pena” por la disminución de las necesidades de prevención general: la asunción personal de la responsabilidad derivada de la propia conducta satisface en determinada medida la finalidad de alcanzar la pacificación jurídica. En este sentido, las propuestas de interpretación desde una nueva óptica aparecen ya en 1985 con DE VICENTE REMESAL³⁰⁰ y posteriormente se van extendiendo en esa línea de forma más clara en ALCACER GUIRAO³⁰¹, SILVA SANCHEZ, GARRO CARRERA³⁰² entre otros.

Ahora bien, el cambio de perspectiva en la justificación de la atenuante conduce a su vez a nuevos requerimientos para acomodar la interpretación del texto legal, en definitiva, para acomodar la aplicación de la atenuante a las premisas en que se alega debe inspirarse la atenuación. Lo cual crea tensiones entre la exigencia de coherencia y los déficits de una definición que genera contradicciones en su aplicación y debilita el sentido de la atenuación. Así, como ponen de relieve algunos comentaristas, la equiparación de la “reparación” al mero pago de la “responsabilidad civil”, deja sin explicar el porqué de la atenuación de la pena por el hecho de cumplir el deber jurídico de indemnizar³⁰³. La exclusión de toda exigencia de “valor de acción”³⁰⁴, esfuerzo, o exteriorización positiva de la asunción de la penal sin ulteriores exigencias de significado de asunción de la responsabilidad “penal”, debilita el fundamento de la atenuante, y conduce a desigualdades no justificadas en función de la capacidad económica del infractor.

En el mismo sentido crítico respecto a las insuficiencias del entendimiento “objetivizado” de la atenuante, se sitúa la interpretación sobre el contenido de la reparación: si queda cifrada en la responsabilidad civil, y requiere que se trate

300 DE VICENTE REMESAL, *Comportamiento postdelictivo*, pp.356 y ss.

301 ALCACER GUIRAO, *La reparación*, p. 114

302 GARRO CARRERA, *Reparación del daño*, p. 284; SILVA SÁNCHEZ, *Sobre la relevancia*, p. 197.

303 Por todos, GARRO CARRERA, *reparación del daño*, pp. 41 y ss; SILVA SÁNCHEZ, *Sobre la relevancia*, p 196 CALDERÓN SUSÍN, *Arrepentimiento espontáneo*, pp. 259-261.

304 DE VICENTE REMESAL, *Comportamiento postdelictivo*, p. 365, PEREZ SANBERRO, *Reparación y conciliación*, ppg. 411 y ss.

de un delito con víctima, la atenuante no sería aplicable a delitos de peligro sin víctimas. Frente a ello se propone la aplicación analógica de la atenuante, lo cual es asumido por buena parte de la jurisprudencia. En el ámbito de las atenuantes, la analogía permitida expresamente contemplada en el art. 21.7. facilita que se superen las estrecheces de los requisitos legales de las atenuantes para lograr un resultado más compatible con lo que se entiende debe ser el fundamento plausible de la atenuación. No es infrecuente que lo que inicialmente ha sido práctica jurisprudencial de creación o ampliación de una atenuante en base a criterios de “analogía”, se convierta posteriormente por decisión del Parlamento en una atenuante “*tout court*” acogiendo el nuevo entendimiento³⁰⁵.

En relación con la antigua atenuante de “arrepentimiento espontáneo”, es constatable cómo se fue produciendo una paulatina evolución en la interpretación del elemento anímico del “actuar por impulso del arrepentimiento”, que condujo prácticamente a prescindir de la indagación de la actitud subjetiva de la persona investigada. La concurrencia del comportamiento objetivo de la confesión o de la reparación se consideró suficiente para estimar la atenuante. En alguna sentencia de los años 90 se explicitaba la razón de este cambio jurisprudencial, basado en un nuevo entendimiento de cuál es el fundamento de la atenuación. Así de forma clarificadora en la **STS de 5 julio 1995** se reconocía que se había producido un importante cambio jurisprudencial al proceder a una interpretación restrictiva de lo que significa el “arrepentimiento” debido, según se recoge en esta resolución, “a poderosas razones de Política Criminal que nacen de dato sociológico de que, quien así actúa disminuye, sin duda, los efectos nocivos que todo delito produce en la comunidad, además de facilitar en muchas ocasiones el restablecimiento, hasta donde es posible, de la paz de la víctima”³⁰⁶.

Para la confesión se mantiene el término temporal de la antigua atenuante, lo que supone dar importancia a la espontaneidad de la confesión, al impulso

305 Así ha ocurrido con la actual atenuante de dilaciones indebidas incorporada al elenco del art. 21 CP en la reforma operada por la LO 5/2010; sobre la evolución de la construcción de la atenuante por analogía en la jurisprudencia española Vid. ASUA BATARRITA, *dilaciones indebidas*, pp. 149 y ss.

306 Sobre esta línea jurisprudencial y esta sentencia en particular CAMPO MORENO, *Arrepentimiento*.

genuino de colaborar, como si todavía resultara decisivo que la confesión se produzca por un impulso genuino ¿de arrepentimiento? La confesión ante las autoridades una vez conocido que el proceso se dirige contra quienes tuvieron la autoría del delito quedaría fuera de la atenuación, aunque fuera una decisión madurada, convencida, movida por la asunción de responsabilidad y consecuente puesta a disposición de la Justicia. Como se verá, la laxitud con que se admite la atenuante por analogía para eludir el requisito cronológico de la confesión, revela que el fundamento de la atenuación reside, según la jurisprudencia en parámetros distintos a los de la “espontaneidad” de la confesión. La colaboración con la justicia, la utilidad, o el significado comunicativo de la asunción de la responsabilidad aparecen como explicaciones más plausibles de la atenuación. Explicaciones que subyacen a la ampliación de las atenuantes que se ha producido para las personas jurídicas en la reforma de 2010, en el art. 31 *quáter* CP.

En el presente trabajo, se parte de la hipótesis de que la evolución en el entendimiento del fundamento material de las referidas atenuantes acaba influyendo en la interpretación de su alcance, lo cual incide en posteriores reformas o propuestas de reconsideración de tales figuras para evitar las disonancias. Por ello en este apartado se trata de comprobar la existencia de indicios de una evolución en la concepción de estas figuras influenciada por la mayor incidencia del discurso contemporáneo sobre la capacidad “restaurativa” de las conductas positivas postdelictivas. Como se señalará en su momento, se ha producido de hecho una ampliación del sentido de estas atenuantes en la previsión específica introducida en la reforma de la LO 5/2010, ceñida al campo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Para ellas, en el actual art. 31 *quáter*, se contemplan cuatro supuestos de conductas postdelictivas que complementan las clásicas de confesión y reparación del daño. Por otro lado, el incremento de causas de “exención de pena” por conductas positivas de neutralización del daño o reparación completa, si bien ceñidas a concretos delitos, tampoco puede considerarse ajeno a la asunción, aun meramente implícita, de la pertinencia de fomentar la reparación, y en determinadas circunstancias de aceptar su efecto positivo como forma razonable de concluir la intervención penal, o de acompañar a una pena mitigada. Todo ello forma parte

de un rastro de manifestaciones no ajenas a la idea de la justicia restaurativa. Aun cuando se razonen desde la apelación al mero pragmatismo.

La nueva formulación de la reparación, en la redacción de 1995, es claro que se orienta más a la víctima, como señalaban la mayoría de los comentaristas, y que se inserta en la preocupación desde hace poco más de dos décadas por la recuperación de la víctima para darle mayor protagonismo procesal y atención a sus derechos. Pero ya en los años 90 pasados comenzaba a emerger la atención por un nuevo sentido de la respuesta penal que tiene en cuenta a la víctima, pero también a la relación del infractor con la víctima. Es decir que atiende a aspectos procedimentales de resolución de conflictos promoviendo la participación activa del autor en la reparación a la víctima o a la sociedad.

Exponente de esa orientación fue el "Proyecto Alternativo sobre la Reparación" elaborado y publicado en 1992 por varios prestigiosos juristas centroeuropeos³⁰⁷, que es conocido como la propuesta de una "tercera vía" en relación a las consecuencias jurídicas del delito. El Proyecto dio pie a una importante reforma en este punto en el CP alemán, que recoge desde entonces en su parágrafo 46.a, una regulación específica de la reparación, tanto en cuanto a su alcance como en sus distintas clases de efectos en la individualización de la pena, que incluso puede llegar a la renuncia judicial de la pena. La discusión en relación al Proyecto se centró en su significado como una "tercera vía" o modalidad de consecuencia jurídica junto con la "doble vía" de la pena y la medida de seguridad iniciada en el siglo XX. Es ilustrativo señalar que en el art.1 del referido Proyecto Alternativo se proclamaba que la compensación o reparación se apoya en una prestación voluntaria del autor cuyo objetivo es "servir al restablecimiento de la paz jurídica"³⁰⁸, lo cual

307 Sobre el Proyecto Alternativo de reparación (*Alternativ Entwurf Wiedergutmahung*, 1992), un interesante análisis con exposición de las objeciones que suscitó en su momento, PEREZ SANZBERRO, *Reparación y conciliación*, p. 268 y ss.; recoge asimismo en p. 423 ss. un Anexo el texto traducido de los 25 artículos del referido Proyecto Alternativo.

308 El párrafo 1 del Proyecto Alternativo dice textualmente: "(1) Se entiende por reparación la compensación de las consecuencias del delito a través de una prestación voluntaria del autor. Su objetivo es contribuir al restablecimiento de la paz jurídica. La reparación deberá realizarse preferentemente a favor del ofendido; si ello no fuera posible, no fuera previsible un buen resultado o por sí sola no fuera suficiente, cabría admitir una reparación simbólica.

imprime un enfoque que sobrepasa la orientación victimológica. Hoy día, algo más de dos décadas después de aquel Proyecto Alternativo de Reparación, la lectura de sus propuestas puede sin duda situarse dentro de ese amplio campo sin claros contornos que evoca la “justicia restaurativa”³⁰⁹.

La reforma del CP español de 1995 no fue receptiva a esta reconstrucción de las conductas postdelictivas que en los países cercanos iban consolidándose en esas fechas³¹⁰. No obstante, aunque el discurso de la justicia restaurativa resultaba entonces extraño y quizás prematuro, los elementos básicos de las atenuantes que ahora se examinarán no dejan de tener un aire de familia respecto a las formas de manifestación de la justicia restaurativa. Y todo indica que subyace un común denominador a las diversas y dispersas previsiones de las normas penales y procesales que vamos examinando. Un común denominador que puede identificarse como la valoración positiva y la promoción de la colaboración de autor de un delito en la revocación de la conducta ilícita, revocación que se escenifica mediante un comportamiento de significado expresivo de asunción de la propia responsabilidad.

El objeto de este capítulo es precisamente examinar la jurisprudencia que aplica estas atenuantes en la administración ordinaria de la justicia, con el fin de observar si se producen tensiones entre el tenor legal y el sentido o fundamento atribuido a dichas atenuantes. Observar asimismo la coherencia en la interpretación del alcance de cada figura, y hasta qué punto se constata alguna evolución en la argumentación jurídica que apunte hacia criterios de justicia restaurativa. Por ello, interesa ahora únicamente destacar determinados

(2) Se considera también una prestación voluntaria aquella en la que el sujeto responsable cumple con la obligación asumida en un procedimiento de reparación judicial o extrajudicial” (traducción de PEREZ SANZBERRO, cit. p. 423.).

309 Así lo apuntaba hace diez años ASUA BATARRITA en el Prólogo a GARRO CARRERA, *Reparación del daño*, p. VI.

310 Además de las previsiones del ordenamiento penal de Bélgica, que se ha analizado en el capítulo 3, también Austria presentaba un amplio elenco de previsiones sobre conductas de reparación, y posibilidades de sobreseimiento procesal en delitos de menor gravedad. Una cumplida información y análisis de la normativa austriaca, en GARRO CARRERA, *Reparación del daño*, pp. 175 ss.

aspectos de esta evolución, para lo cual el análisis se va a centrar en el examen de la jurisprudencia reciente sobre estas dos circunstancias.

La doctrina ha prestado en los últimos tiempos bastante atención a estas figuras no solo en los comentarios genéricos al articulado del código penal, sino en particular a estas atenuantes³¹¹, permiten que el presente análisis quede reducido al examen de la jurisprudencia reciente en los aspectos que queremos subrayar como elementos que nos permitan detectar la evolución al que hemos hecho referencia.

311 La referencia pionera en el tratamiento global de las conductas postdelictivas desde el prisma de los fines de la pena sigue siendo la pionera obra de DE VICENTE REMESAL, *El comportamiento postdelictivo*.

2. Atenuante de Confesión

El tenor literal del artículo 21. 4ª dice que es circunstancia atenuante “la de haber procedido el culpable, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él, a confesar la infracción a las autoridades”.

Es común comenzar aclarando que esta atenuante no se opone al derecho constitucionalmente consagrado en el art 24.2 CE a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. La garantía procesal no queda afectada por la autoinculpación voluntaria, que en absoluto implica que pueda condenarse al declarante con base únicamente a su confesión, pues se requiere que pueda ser corroborada con otros elementos concluyentes en consonancia con la aquella confesión³¹². Por otro lado, la figura procesal de la conformidad, que se asienta igualmente en el reconocimiento de la culpabilidad, pero en todo caso se trata de un acusado que actúa con su representación letrada y con garantías de voluntariedad.

En cuanto a la circunstancia atenuante del art. 21.4 CP, la supresión de la antigua referencia a los “impulsos de arrepentimiento espontáneo”, supuso una adecuación a la jurisprudencia que entendía que la atenuante podía ser aplicada con independencia de los motivos que hubieran llevado al sujeto a realizar los actos requeridos por el atenuante³¹³. Suprimida esa referencia, permanece sin embargo el margen temporal delimitado para que la confesión tenga efecto atenuatorio, un margen que será de facto más o menos amplio en función de distintos factores. Así por ejemplo el hecho de que se desconozca la comisión del delito, o que no se haya llegado a denunciar, o que la investigación no prospere, o sean insuficientes los indicios que apunten a la persona responsable del delito, son circunstancias que harán más “meritoria” la confesión. En todo caso, la exigencia de que tenga lugar antes de que el procedimiento penal se dirija contra la persona o personas que cometieron el delito es un indicador de la exigencia de una decisión que permite “descubrir” el delito y a sus responsables

312 Vid sobre este punto GARRO CARRERA, *Atenuante de confesión*, pp. 79 ss.

313 ALONSO FERNÁNDEZ, *Las atenuantes*, pp. 43 y ss.

antes de que lo haga la justicia. Aquí el valor de acción de la conducta es claro: quien confiesa su autoría o participación en los hechos hace posible su imputación y la consiguiente condena. Una consecuencia que no hubiera llegado tan rápido o no se hubiera producido tal vez nunca, según sean las circunstancias del caso. El hecho de que una persona se entregue a la justicia cuando todavía no había sospechas sobre su delito, tiene un significado de asunción de la propia responsabilidad que merece reconocimiento positivo. Reconocimiento desde distintos prismas, que señalan a las distintas vertientes de explicación de la atenuación. La explicación que funda la atenuación en la utilidad de la colaboración con la justicia, en los efectos de agilización procesal, es a la que más se apela tradicionalmente, aunque propiamente, como explica GARRO CARRERA³¹⁴ es una explicación que describe un efecto más que justificar un fundamento. Sin embargo, la doctrina que se adentra en un mayor desarrollo del fundamento material de estas circunstancias, pone de relieve la dimensión del significado “valioso” de la autoinculpación como asunción de una consecuencia punitiva que el autor pudo haber evitado o retrasado. Así, en palabras de GARRO CARRERA:

La alteración de la convivencia que deriva de todo delito y la consiguiente turbación que crea en la sociedad se calma en cierto grado si el sujeto confiesa, ya que la declaración autoinculpatoria implica la disposición a cargar con las consecuencias correspondientes. Lo cual supone un cambio de escenario con respecto a la habitual necesidad de declarar la responsabilidad e imponer la sanción ante la “resistencia” del sujeto. Y es precisamente ese significado comunicativo de la confesión el que sosiega o pacifica la generalidad, y lo que justifica y requiere la imposición de una sanción más leve³¹⁵.

Desde estas consideraciones, el fundamento de la atenuación se asienta en el efecto de integración-pacificación, o como mantiene la autora, en el efecto preventivo-integrador dentro de la dimensión de los fines de prevención general positiva propios de la intervención penal.

A continuación, se expone brevemente los requisitos básicos de la atenuante de confesión siguiendo la jurisprudencia reciente, que por lo general confirma

314 GARRO CARRERA, *Atenuante de confesión*, pp. 83 y ss.

315 GARRO CARRERA, *Atenuante de confesión*, pp. 105 y ss.

la línea interpretativa consolidada desde la aprobación del CP de 1995. Lo que interesa ahora destacar son las posibles variaciones en algunos aspectos, tratando de conectar esas variaciones o a veces vacilaciones en la interpretación con los argumentos sobre el significado de la atenuante.

2.1. Requisitos

Los requisitos objetivos de esta atenuante se mantienen en la misma interpretación desde antiguo en sus aspectos básicos. Valga a meros efectos ilustrativos la sentencia **STS 199/2014 de 4 de febrero** sobre tráfico de drogas que reproduzco en parte ya que define de manera esquemática pero completa los requisitos que el Tribunal Supremo considera necesarios para apreciar la atenuante de confesión:

1) Tendrá que haber un acto de confesión de la infracción; 2) El sujeto activo de la confesión habrá de ser el culpable; 3) La confesión habrá de ser veraz en lo sustancial; 4) La confesión habrá de mantenerse a lo largo de las diferentes manifestaciones realizadas en el proceso, también en lo sustancial; 5) La confesión habrá de hacerse ante autoridad o funcionario cualificado para recibirla; 6) Tendrá que concurrir el requisito cronológico consistente en que la confesión no tendrá que haberse hecho antes de conocer el confesante que el procedimiento se dirigía contra él, habiendo de entenderse que la iniciación de diligencias policiales previas ya integra el procedimiento judicial a los efectos de la atenuante³¹⁶.

Es decir, los requisitos básicos para que se aprecie una atenuante de confesión son que se trate de un acto expreso, propio, de información veraz, persistente, ante funcionario público y con el preciso elemento temporal descrito en el art. 21.4 del CP, por lo tanto, antes de conocer que el procedimiento se dirigía contra él³¹⁷.

316 Recurso de casación contra sentencia nº 63/12, de 23 de julio de 2012 de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca por un caso calificado de delito contra la salud pública contra varias personas relacionadas con la venta de cocaína. Uno de los recurrentes estima que se le debe aplicar la atenuante por analogía en relación con la atenuante de confesión del hecho.

317 Con mayor detalle y casuística sobre estos requisitos GARRO CARRERA, *Las atenuantes*, pp. 106 y ss.

Entre los requisitos no encontramos ninguna definición sobre lo que significa confesar, pero evidentemente se trata de declararse culpable de los hechos que la persona concreta haya cometido. Tampoco se encuentra entre los requisitos el modo en que debe de hacerse esa confesión. No está determinado que esa confesión deba de ser completa, ni tampoco que deba servir para conocer a otras personas que hayan podido colaborar o que incluso tengan mayor repercusión en los hechos cometidos. Evidentemente si se dan estos rasgos la confesión puede que se aprecie como muy cualificada.

Interesa entrar en la indagación de las distintas posturas sobre la fundamentación de la atenuación, lo que se aborda seguidamente.

2.2. Fundamento

En consonancia con la tradicional explicación, la jurisprudencia reitera que la atenuación tiene su razón de ser en “Razones de política criminal, pues la confesión ahorra esfuerzos de investigación y facilita la instrucción de la causa”. Así textualmente se proclama en la **STS 532/2014 de 28 de mayo**³¹⁸ en un

318 Recurso de casación contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Santander. Queda probado que Agueda trabajaba en Mercados Centrales de Abastecimiento de Santander S.A. y que entre 1995 y 2003 asume las funciones de Gerente. A partir de 2002 comienza a jugar con dinero de las cuentas de la Sociedad en casinos “on line”. Sin capacidad para ello y con ánimo de cubrir parcialmente la deuda el 5 de julio de 2004 suscribió una póliza de Crédito Personal con la Entidad Banesto a nombre Mercasantander con un límite de hasta 60.000 euros. Posteriormente, ante el vencimiento de dicha póliza y para renovarla suscribió otra el 1 de julio de 2006 y con un límite de 60.000 euros. En fecha 30 de junio de 2006, de nuevo en representación de Mercasantander suscribió otra póliza de crédito personal con el Banco Español de Crédito con límite de 75.000 euros. Por último, el 20 de abril de 2007 suscribe otra póliza de crédito de 300.000 euros con la Entidad B.B.V.A. A 31 de agosto de 2007 la deuda total con Mercasantander ascendía a 839.435 euros. En todo el proceso Agueda actuó sin la potestad necesaria; aportó certificaciones del Consejo de Administración que no eran válidas; y efectuó operaciones contables que no eran veraces. Queda asimismo probado que actuó por un trastorno del control de los impulsos “juego patológico”. Agueda y su marido (casados en régimen de gananciales) ofrecieron el pago de la deuda proponiendo la venta de bienes pero no obtuvieron respuesta favorable. Condenada por delitos continuados de apropiación indebida y continuado de falsedad en documento mercantil en concurso con ideal con un delito de estafa agravada concurriendo la circunstancia agravante de ludopatía y la atenuante analógica de reparación del año. El tribunal analiza la concurrencia de la atenuante de confesión también como atenuante analógica.

caso sobre apropiación indebida y falsedad documental, en el que se apreció también atenuante de ludopatía, atenúate analógica de reparación del daño. Es decir, se apela a razones de economía procesal, de manera que la atenuante tendría un carácter premial por facilitar la acción de la justicia.

Como ya señalaba ROXIN, cuando por toda justificación se acude a señalar que se trata de un “premio” a la conducta mantiene la argumentación en un nivel rudimentario respecto al entendimiento de los fines del derecho penal, y no se contesta a la pregunta decisiva de la razón por la que se puede decir que se merece un premio³¹⁹. ¿Por qué consideramos que quien ha delinquido y luego colabora con la justicia merece un premio? La contestación a esta pregunta nos permitirá discriminar o diferenciar aquellos casos en los que no sea procedente la atenuación, porque, aunque resulte beneficioso para la agilidad judicial la colaboración no es expresiva de una asunción de responsabilidad sino, por ejemplo, de un cálculo de beneficios organizado previamente, o se produce ocultando otras maniobras³²⁰.

La sentencia **SAP Gipuzkoa 100/2014 de 31 de marzo** en la misma línea de razonamiento que la anterior afirma que “La atenuante se fundamente en que existe una menor necesidad de pena cuando el infractor ha facilitado la labor investigadora del estado confesando a las autoridades la infracción cometida”. Pero también nos encontramos este mismo año con sentencias que profundizan algo más. Con distintas palabras encontramos numerosas resoluciones en las que se apela a dos órdenes de argumentos: por un lado, al de la facilitación de la justicia al colaborar el autor con la investigación, y por otro lado se subraya como dato positivo, “su regreso al ámbito del ordenamiento, mediante el reconocimiento de los hechos y la consiguiente aceptación de sus consecuencias”. En esta línea las **STS 100/2014 de 18 de febrero**³²¹, **STS**

319 Referencia tomada de ASUA BATARRITA, *Atenuantes postdelictivas*, p. 169.

320 Vid. GARRO CARRERA, *La atenuante de confesión*, pp. 140 ss., una atinada crítica a la estimación de la atenuante de confesión en el caso Farruquito, donde la confesión a las autoridades se produjo tras tener noticia de que la Policía había descubierto la argucia de atribuir a un hermano menor la conducción del vehículo causante del accidente.

321 La sentencia de instancia apreció la atenuante muy cualificada de confesión para algunos de los varios condenados por delito de falsificación de billetes, teniendo en cuenta la facilita-

532/2014 de 28 de mayo, y 372/2014 de 15 de mayo, STS 569/2014 de 14 de julio.

De manera implícita el “regreso al ordenamiento” y la “aceptación de las consecuencias” remiten a la idea de recuperación y de pacificación de la generalidad por la asunción de la responsabilidad. Una forma de explicar jurídicamente lo que en palabras llanas se equipara a “arrepentimiento”, en tanto expresado en actos positivos objetivos que así lo indican, sin necesidad de indagar en actitudes. Explicaciones que se sitúan en el discurso de la finalidad de prevención general positiva de la pena.

2.3. Elemento temporal y espontaneidad

Tal y como hemos visto en los requisitos, la confesión tendrá que realizarse antes de conocer el confesante que el procedimiento se dirigía contra él. Esta limitación temporal es valorada por GARRO CARRERA como requisito que pone de relieve la inadecuación del fundamento utilitarista como único sustento de la rebaja de la pena, ya que, si el legislador mantuvo la exigencia de que la confesión debe producirse antes de conocer el culpable que el procedimiento judicial se dirige contra él, es porque, “se concede gran relevancia al *valor de la conducta* del infractor. Desde una perspectiva utilitaria o de mera economía procesal no podía explicarse el límite temporal de la atenuante, ya que desde una orientación “economicista”, la frontera de la relevancia penal de la confesión vendría determinada por el descubrimiento, por parte de las autoridades, de la implicación del culpable en los hechos”³²² Por ello, esta exigencia de una cierta espontaneidad resulta muy relevante para determinar la razón de la atenuación.

ción de información muy sustanciosa en la fase de instrucción y su reiterada corroboración hasta el juicio oral. Atenuante que se deniega, y así lo confirma el TS, a quien no ha realizado una colaboración tan relevante. Interesa hacer notar que no se daba el requisito de la confesión en tiempo, antes de descubrirse el delito, por lo que se aplica la atenuante por analogía. Atendiendo a los hechos y al a argumentación, en realidad se está creando una atenuante de cooperación con la justicia.

322 GARRO CARRERA, *atenuante de confesión*, p. 167.

A continuación, veremos lo que sucede en los casos en los que dicha espontaneidad queda en entredicho por tratarse de una confesión tardía o por que el acto delictivo ha sido realizado delante de testigo, o porque aun sin confesión las pruebas para la incriminación del autor eran ya suficientes.

2.3.1. Supuestos de confesión tardía y atenuante analógica.

Conclusión sobre su fundamento

En la **SAP Gipuzkoa 100/2014 de 31 de marzo**³²³ se recuerda que “La atenuante exige de manera ineludible un elemento material y uno temporal. El elemento material es que exista la confesión. Es decir, que el infractor narre de forma veraz cuál ha sido el hecho cometido y asuma claramente su responsabilidad en la ejecución. El elemento temporal es que lo haga antes de conocer que se ha iniciado un procedimiento judicial contra él”. De manera que la falta de ese elemento temporal impediría la apreciación de la atenuante pese a que la puesta a disposición ante las autoridades, y el reconocimiento de la responsabilidad sin duda facilita la acción de la justicia, si se entiende así la razón de la atenuante. Y efectivamente, este entendimiento es el que lleva en numerosas ocasiones a los tribunales a admitir la confesión tardía bajo el expediente de la atenuante analógica respecto a la de confesión: art 21. 7ª “Cualquier otra circunstancia de análoga significación que las *anteriores*”. Una aplicación en definitiva extensiva de la atenuante, que neutraliza el requisito temporal en tanto también concurren elementos de la conducta que le sigan haciendo “útil” para la investigación.

Así, en la **STS 104/2014 de 14 de febrero**³²⁴ se declara en primer lugar que

323 Procedimiento de Tribunal Jurado procedente de Juzgado de Instrucción nº1 de Donostia.

324 Recurso de casación contra sentencia de 18 de junio de 2013 de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón. Victor mantenía una relación sentimental con Silvia y ambos convivían con la hija que tenían en común así como con un hijo procedente de una relación anterior de Silvia. Silvia “simultaneaba dicha relación con otra que mantenía con Victoriano, primo de Victor”. Victor se enteró de la relación con Victoriano y tras una discusión en el domicilio, Víctor agarró por el cuello a Silvia estrangulándola, “lo que le produjo una asfixia mecánica que determino la muerte”.

“La ausencia del elemento temporal implica que no concurren los requisitos básicos de la atenuante”. Pero a renglón seguido se compensa la anterior negación porque, se dice “En los casos en los que la ausencia del elemento cronológico se ve compensada por la aportación de un auxilio eficaz para la investigación la jurisprudencia ha admitido construir una atenuación por analogía”. Repitiendo el mismo argumento, la **SAP Madrid 859/2014 de 18 de septiembre**³²⁵ en un caso “el reconocimiento tardío de los hechos va acompañado de la aportación de datos objetiva y relevante utilidad para el integro esclarecimiento de los hechos, el fundamento de la atenuación desaparece, admitiéndose la modalidad de atenuante analógica”. De tal manera que el efecto premial puede motivar la colaboración con la justicia, porque en todo caso recibirá una correspondiente atenuación, al igual que se pareció para algunos de los condenados en la **STS 100/104** antes citada. Lo que queda desdibujado es el sentido del art. 21.4 y la razón de ser del requisito temporal como condición de la estimación de la atenuante, pero lo que se empieza a dibujar es la necesidad de ampliar el campo de la atenuación a supuestos de cooperación con la justicia.

Ciertamente con la aplicación por analogía se está corrigiendo la delimitación del legislador, poniendo de relieve la falta de correspondencia entre el requisito temporal y el sentido pragmático de la atenuante. En realidad, lo que resulta elemento decisivo es la colaboración con la justicia, la presentación de pruebas contra sí mismo, por lo que supone ayudar para que el juzgador pueda decir la verdad de quien hizo mal, cometió la conducta delictiva y quien fue víctima y cuales sus derechos lesionados. Si la impartición de justicia resulta clave para

325 Recurso de apelación contra sentencia del Juzgado de lo Penal nº1 de Getafe de 24 de junio de 2014. Pedro Miguel y Aurelio portaban “una bolsa en cuyo interior había siete paquetes que contenían un total de 24 kilos y 86,4 gramos netos de resina de cannabis con una riqueza media de entre 18,5 % y el 15,5% de THC”. Cuando se dieron cuenta de la presencia de la Policía Nacional trataron de huir, pero fueron detenidos. Los acusados pensaban destinar al tráfico la droga intervenida que hubiera alcanzado un valor de 36.755,84 euros. Pedro Miguel y Aureliano fueron condenados por un delito contra la salud pública concurriendo las atenuante analógicas de confesión /arrepentimiento y de reparación del daño. Aunque por motivos opuestos tanto el Ministerio Fiscal como los acusados cuestionaron el tratamiento que se dio a los hechos. La primera sentencia “Los acusados antes de dar comienzo el juicio, presentan a través de sus letrados escritos en los que asumen la autoría del delito que se les imputa y consignan en el juzgado de lo penal una cantidad cercana al 50% de la cuantía de la multa impuesta”. Donde están los datos de confesión o de ayuda a esclarecimiento de los hechos.

que se cumplan los fines preventivo-generales del derecho penal, colaborar con esos fines voluntariamente, asumir la pena que corresponda, se sitúa en la misma línea de objetivos del sistema penal. El hecho de que esta atenuante de “cooperación con la justicia” solo se prevea específicamente para algunos casos de criminalidad organizada (droga, terrorismo) y para atenuar la sanción penal de las personas jurídicas (art. 31. *quáter*), parece que opera como referente para acudir a la atenuación analógica bajo la cobertura de la atenuante 21.7 CP.

Ahora bien, como resaltan las sentencias citadas, debe concurrir algún acto positivo adicional a la confesión en sentido estricto, acto que permita reconocer una aportación del autor para esclarecer los hechos. Esta traslación de la atenuante de confesión a la atenuante analógica a la confesión muestra una reconfiguración de hecho de la atenuante del art. 21. 4. Todo indica que los tribunales han comenzado a configurar una nueva atenuante de colaboración con la justicia, sin plazos, únicamente basado en la aportación de datos nuevos y decisivos para la investigación.

2.3.2. Espontaneidad y la evidencia de la identidad del autor

Ha quedado constatado que, a través de un entendimiento material del sentido de la atenuante, los tribunales no dudan a acudir a la atenuante analógica para construir, en definitiva, una atenuante de colaboración con la justicia. Por el contrario, cuando la consideración del sentido material de la atenuante puede conducir a negar la atenuación, la interpretación se hace más formalista, acudiendo a una concepción predominantemente objetiva de las atenuantes art. 21.4 y 21.5. No de otra forma se explica que encontramos sentencias en las que se aprecia la atenuante de confesión porque ésta se produjo en tiempo, a pesar de que la confesión era superflua por la presencia de testigos conocidos del autor, y que las perspectivas de detención inmediata del autor, prácticamente seguras. En estos casos parece premiarse la renuncia a resistirse a la justicia.

Así en la **STS 372/2014 de 15 de mayo**³²⁶ en un caso de homicidio a la

326 Recurso de casación contra sentencia de 23 de diciembre de 2013 de la Audiencia Provin-

ex esposa, el Tribunal Supremo casa la sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén y afirma que “La exclusión de la atenuante de confesión, como ha hecho el tribunal sentenciador, por el hecho de existir testigos del delito que podían identificar al autor, no es conforme al principio de legalidad, pues introduce, en contra del reo, una exigencia para la apreciación de la atenuante que ni viene exigida por el legislador, ni puede deducirse de la configuración legal de la atenuante”. Una concepción formal meramente factual u objetiva de la atenuante, que la distancia de un fundamento verosímil de la necesidad de rebaja de la pena. De alguna forma, lo que se está reconociendo es que cualquier colaboración de la justicia, e incluso el mero reconocimiento de la responsabilidad, tiene relevancia. En la misma línea la **STS 569/2014 de 14 de julio**³²⁷ afirma que el hecho de que existan testigos que podrían

cial de Jaén, Sección Tercera. Se declara probado que Basilio y Marí Luz se divorciaron de mutuo acuerdo. Tuvieron dos hijas Gema y Rosaura “desde el inicio de la convivencia marital el acusado adoptó para su esposa e hijas una actitud autoritaria, agresiva y de menosprecio”. El 18 de enero de 2012 Basilio se dirigió a la peluquería de su hija Gema que se encontraba en la planta baja del domicilio familiar. Este solicitó la presencia de Marí Luz y cuando esta se disponía a bajar a la peluquería se encontraron en el pasillo común de la vivienda y comenzaron una discusión. Basilio cogió a Marí Luz del brazo y la arrastró al interior del domicilio. Al oír Gema que Basilio decía a Marí Luz que no le iba a pegar sino que le iba a hacer algo peor, pidió ayuda en la peluquería. Un cliente llamado Octavio logró sacar a Marí Luz del domicilio ante lo cual Basilio declaró: “os tengo que matar a las dos, primero a ti (dirigiéndose a su hija) que eres más mala y luego a tu madre”. Acto seguido cogió un cuchillo de la cocina e intentó acuchillar a Gema por la espalda, la acción no prosperó porque Octavio consiguió apartarla. Basilio aprovechó que ambos habían caído al suelo para asestar tres cuchilladas a Marí Luz que le produjeron la muerte. Finalmente, Octavio tras forcejear con Basilio logró arrebatarse el cuchillo. Basilio tras estar en su domicilio acudió al Cuartel de la Guardia Civil donde manifestó haber matado a su mujer. La Audiencia le condenó como autor de un delito de homicidio con las agravantes de abuso de superioridad y parentesco; como autor de un delito de homicidio intentado con las agravantes de abuso de superioridad y parentesco así como de autor de un delito de malos tratos habituales en el ámbito familiar. En cuanto a lo que nos ocupa el Supremo apreció la atenuante de confesión.

327 Recurso de casación contra sentencia de 3 de febrero de 2013 dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal de Justicia de Navarra. Los hechos probados han sido los siguientes: Moisés disparó a Justo tres disparos en la espalda, dos de postas y otro de perdigones y a consecuencia de las heridas producidas Justo murió. La sentencia recoge que “Moisés actuó motivado por el intenso temor que le causaba una futura y agresiva reacción de Justo hacia su integridad física incluso su vida”. Después, de realizar los disparos Moisés acudió a su domicilio despertó a sus padres y acompañado de su madre fue al cuartel de la Guardia Civil donde manifestó que “había pegado dos o tres tiros no sabiendo si había alcanzado a alguien”. Así mismo, la sentencia destaca que “en el momento de cometer los hechos Moisés tenía afectadas sus facultades mentales volitivas e intelectivas de forma moderada-grave por la previa ingesta de alcohol y cocaína”. Condena a Moisés como autor de un asesinato con la concurrencia de la atenuante ordinaria de estado pasional influido por miedo y embriaguez, y de la atenuante analógica de reparación de confesión.

identificar al autor no permite excluir la atenuante ya que se justifica que, con independencia de pruebas que permitan identificar al autor, la confesión favorece la investigación y porque pone de relieve su regreso al ámbito del ordenamiento.

Obsérvese que de forma recurrente encontramos alusiones al significado positivo del “regreso al ámbito del ordenamiento”. No obstante, en este punto algunos tribunales provinciales se separan de la interpretación anterior. Así, en la **SAP de Madrid 103/2014 de 27 de marzo** se declara que “tampoco tiene valor atenuante la confesión de la evidencia ya descubierta o que está a punto de descubrirse”³²⁸.

328 Causa de la Audiencia Provincial procedente del Juzgado de Instrucción nº 18 de Madrid. Pedro Jesús le clavó a Germán un cuchillo varias veces mientras le decía “te voy a matar”. Germán consiguió pedir ayuda y mientras acudían los servicios de emergencias Pedro Jesús se marchó a un bar cercano donde permaneció hasta que fue detenido por la policía. Cuando la policía acudió al lugar de los hechos un grupo de personas les indicaron que Pedro Jesús se encontraba dentro del bar. Al entrar en el bar este les dijo: “he sido yo”. Sin embargo, en declaraciones posteriores no ha reconocido los hechos ya que manifiesta no recordar nada de lo sucedido. En cuanto a la reparación de daño, la Audiencia considera que no puede estimarse ya que cuando se le requirió que prestara fianza manifestó que prestaría la fianza “con su vivienda” es decir “designó un bien para que fuera embargado”. La Audiencia condena a Pedro Jesús como responsable de homicidio en grado de tentativa concurriendo circunstancia agravante de abuso de superioridad.

3. Atenuante de Reparación del Daño

La atenuante de reparación del daño tiene su asiento genérico como atenuante en el art. 21. 5ª que dice textualmente que es circunstancia atenuante “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 juicio oral”.

Formulación que es interpretada en buena medida por parte de la jurisprudencia de forma básicamente objetiva en cuanto que se aprecia como suficiente como reparación el pago de una cantidad económica equivalente a la responsabilidad civil, sin otra exigencia que la de producirse dentro del plazo previsto, antes del juicio oral. Entendida como una atenuante basada en dar satisfacción a la víctima, el “valor de resultado” parece agotarse en tal pago de una cantidad, sin que se atiende al significado de ese pago en relación al responsable del delito. Es decir, sin atender al esfuerzo que le supone esta acción, que es lo que permitiría atribuir un “valor” a la conducta como condicionante, como fundamento, del efecto de atenuación de la pena. Porque evidentemente no es lo mismo pagar una cantidad de la que el condenado puede disponer sin mayor esfuerzo, que tener que buscar una financiación a costa de pérdida de otros bienes, de realización de un enorme esfuerzo. Como subraya ALCACER GUIRAO; asimismo GARRO CARRERA, enfatiza la importancia de que la conducta reparadora pueda entenderse como un acto de revocación, de auto rectificación o de asunción de responsabilidad, lo cual requiere que un observador externo pueda ver que hay una clara voluntad de asumir una carga específica que suponga realizar algo que cuesta, que requiere esfuerzo.

El mero pago de la responsabilidad civil *ex delicto*, supone el cumplimiento de una obligación derivada del daño causado a la víctima, cuyo fundamento se asienta en criterios de compensación propios del derecho civil. Sin embargo, la pena que se impone por la conducta delictiva se fundamenta en criterios de derecho público, de necesidad de reafirmar la prohibición de los comportamientos más graves para la convivencia que precisamente por esa gravedad constituyen un ilícito penal. La respuesta penal mediante un castigo pretende precisamente

expresar la seriedad del reproche social por la inobservancia de una regla básica de convivencia. La rebaja de la pena que traduce ese reproche deberá encontrar su explicación en un criterio acorde con los que explican el castigo, para fundamentar que la reparación se hace merecedora de una rebaja de la pena. Hace ya tiempo DE VICENTE REMESAL ponía de relieve que la relevancia de un comportamiento postdelictivo positivo no puede corresponderse sin más con una atenuación si no va más allá del cumplimiento de la responsabilidad civil³²⁹, en la misma línea, PEREZ SANZBERRO³³⁰.

No obstante, la mayoría de la doctrina parece conformarse con señalar que la configuración actual de la atenuante revela que tiene un fundamento "victimológico", o político criminal orientado a la víctima, y por ello consideran que se satisface con esa reparación económica³³¹.

La referencia normativa a la reparación del "daño causado a la víctima" interpretada en sentido formalista y desde un entendimiento victimológico centrado en personas individuales, conduce a una interpretación restrictiva de la atenuante. Por un lado, produce consecuencias que excluirían de la atenuación en función de la solvencia económica de la persona condenada. Por otro, restringiría la operatividad de la atenuante a los delitos con víctima. La reparación simbólica como equivalente a una reparación económica no sería asumible; y asimismo tampoco cabría una reparación colectiva, de compensación simbólica del daño colectivo o daño social derivado del delito³³². Un daño social que es precisamente lo característico del derecho penal, ya que esta perspectiva es la que diferencia el ilícito penal del civil, porque precisamente la intervención penal responde al interés de evitar potenciales víctimas y no solo al interés de responder a la lesión individual de la víctima concreta³³³.

329 DE VICENTE REMESAL, *comportamiento postdelictivo*, p. 365; sobre la importancia del "valor de acción" como elemento imprescindible para poder fundamentar la atenuación, también ALCACER GUIRAO, p. 232 y GARRO CARRERA, *Atenuante de reparación...* 64 ss.

330 PEREZ SANZBERRO, *Reparación y conciliación*, p. 411 ss.

331 Así, ALVAREZ GARCIA, *reparación*, p.253; Para una amplia referencia a la doctrina española en este punto, GARRO CARRERA, *Atenuantes*, p. 23 ss.

332 Sobre este particular, ampliamente GARRO CARRERA, *Reparación del daño*, pp.338 ss.

333 ALCACER GUIRAO, *La reparación*, p. 83.

Es cierto que el tenor del art. 21.5 menciona expresamente el daño a la víctima. Sin embargo, esta orientación claramente victimológica no puede decirse que excluya la posibilidad de una reparación a la comunidad, porque el propio tenor legal también se refiere a la “disminución de los efectos”, los efectos del daño causado a la víctima. Y en la disminución de los efectos del daño cabe considerar el efecto derivado de reparaciones simbólicas. La dicción del art. 21.5, tributaria del anterior CP, (salvo en el requisito temporal), pertenece a otro tiempo en el que la reparación por delitos sin víctima no había entrado en consideración ya que el objeto del cambio pretendido era la “recuperación” de la víctima postergada en el proceso penal, y asimismo la superación de la falta de diligencia, o desidia, en la ejecución de la pieza separada de responsabilidad civil que pocas veces llegaba a satisfacerse. Atendida esa prioridad, no puede descartarse una interpretación cabal, no restrictiva, de la atenuante, que sobre la referencia a la “disminución de los efectos del daño causado” permita acoger otros supuestos. Así lo admiten de hecho algunas sentencias como se expondrá a continuación.

Señala PEREZ SANZBERRO, no en relación a la atenuante del código penal español en concreto sino en una reflexión sobre la reparación-conciliación como una conducta de relevancia penal, que “Lo decisivo desde el punto de vista jurídico-penal no es la efectiva satisfacción a la víctima, ya que esto no constituye el fin inmediato de su intervención –otra cosa bien distinta es que no deba dificultar, e incluso favorezca esa satisfacción-, sino el logro de una respuesta con un potencial pacificador de las relaciones sociales que se ven seriamente afectadas tras la comisión de un delito”³³⁴. Por ello, en los casos en que no llega a haber una víctima porque el delito ha quedado en tentativa sin daño efectivo, así como en los delitos cuya estructura no comporta la lesión de una víctima, excluir la aplicabilidad de la atenuante implica ignorar la dimensión de lo que en todo caso es “un daño social” que puede también ser compensado en alguna medida con un comportamiento positivo, significativo, del responsable del delito. El propio infractor puede llevar a cabo actos cuya entidad revele una voluntad y un esfuerzo que puedan considerarse como actos de revocación, *actus contrarius* que contribuye a afirmar el respeto de la

334 PÉREZ SANZBERRO, *Reparación y conciliación*, p. 352 ss.

vigencia de la norma previamente infringida³³⁵. Desde lo que entendemos por orientación de justicia restaurativa, todo lo que suponga reconocer la iniciativa del infractor en rectificar o reducir el daño en lo posible, se corresponde con la promoción de la cooperación con el mensaje de la justicia penal de recuperación de la paz jurídica. Sea por propia iniciativa o sea a través de procedimientos más o menos formalizada de mediación, que constituyen una de las herramientas propias de los programas específicos de justicia restaurativa.

Estos aspectos son los que nos interesan observar en el somero examen de la jurisprudencia reciente que a continuación se expone.

3.1. Requisitos

Dos requisitos básicos, la conducta de reparación, y el plazo dentro del cual debe procederse a efectuarla. El carácter abierto del sentido de la “reparación” permite varias posibilidades de interpretación de su alcance, lo que lleva a que el arco de la aplicación de la atenuante dependa del entendimiento del sentido material de esta figura. Aunque es predominante un entendimiento que equipara reparación con pago del montante de la indemnización debida, dentro del propio tenor del texto legal queda acogida la disminución del daño. Parece razonable acoger un pago parcial si el obligado al mismo es insolvente. Ahora bien, si quien cuenta con plena solvencia solo muestra disponibilidad para hacer efectiva parte de su obligación, ¿podrá estimarse la atenuante?

La escasa relevancia concedida por gran parte de la doctrina a la necesidad de un elemento subjetivo que acompañe de forma coherente a la reparación penal, produce situaciones paradójicas. Los comentarios de GARRO CARRERA respecto al caso Farruquito son muy ilustrativos³³⁶. La atenuante se convierte en un expediente para negociar la forma de pagar la obligada indemnización, con el efecto de que la atenuante está asegurada, aunque no se haya tenido que realizar ningún esfuerzo, o incluso se haya regateado o retrasado el pago. En

335 GARRO CARRERA, *Reparación*, p.338 ss.

336 GARRO CARRERA, *Atenuante de reparación*, pp. 75 y ss.

cuanto al requisito temporal, la fijación del plazo en el día de la celebración del juicio oral conduce a situaciones de gran disparidad, en función de la prontitud o tardanza de la celebración de la vista oral. Podríamos considerar que el pronto pago, o reparación rápida se corresponde con una espontaneidad en la voluntad de reparar que beneficia a la víctima, asumido que fuera éste el fundamento central de la atenuación. El pago rápido será obligado si el proceso termina sin tardanza. Pero en el caso de procesos largos, que no pocas veces coincide con delitos económicos complejos asociados a menudo a otros similares, quien sabe que deberá pagar antes o después, dejará para el momento más tardío esa "reparación", con la seguridad de que esa tardanza no le impedirá beneficiarse de la atenuante. Si además puede beneficiarse de una atenuante de dilaciones indebidas, que le han permitido dilatar a su vez la "reparación" a sus víctimas durante años, se favorece la lógica tradicional de la posición del imputado que se sabe responsable al menos en alguna parte. Las ingenierías jurídicas de las defensas de los imputados pueden manejarse con cierta comodidad entre estas previsiones de atenuación, como denunciaba ASUA BATARRITA, poniendo de relieve la paradójica consecuencia de una pretendida fundamentación victimológica de esta atenuante³³⁷.

Un entendimiento como el referido lógicamente no encaja, no es compatible con los criterios que caracterizan el principio de justicia restaurativa. Desde una perspectiva de sentido de la pena estatal, la atenuante así entendida se aleja incluso del fundamento victimológico porque en muchos casos la propia víctima no podrá sentirse reparada por el hecho de cobrar la indemnización, si el pago que realiza el autor ni conlleva esfuerzo ni explicación alguna de pesar por el daño causado. La casuística puede ser muy variada. En relación a delitos de bagatela o delitos patrimoniales menos graves, donde la propia ley penal contempla posibilidades amplias de suspensión de la pena, puede considerarse suficiente la reparación obtenida en el marco de un proceso judicial. No puede decirse lo mismo de otras clases de delitos de mayor gravedad, respecto a los cuales la seriedad de la intervención penal no puede

337 ASUA BATARRITA, *Atenuantes postdelictivas*, pp. 145 ss

ser sustituida por otras formas de reparación, ni de cara a la sociedad ni de cara a la víctima concreta.

La jurisprudencia da cuenta de la nueva caracterización de la atenuante, insistiendo en que ahora se trata de “una atenuante autónoma, de carácter objetivo fundada en razones de política criminal”. Así lo señala la **SAP Albacete 375/2014 de 31 de octubre**, reproduciendo la doctrina del TS y repitiendo los requisitos y también las paradojas de esa atenuante “objetiva”. La referida sentencia condena por delito de asesinato en tentativa que tuvo lugar en una riña en un bar, y niega la atenuante de reparación solicitada por la defensa en razón del pago parcial de la indemnización que el acusado había realizado antes del juicio oral. En el Fundamento de Derecho octavo reproduce la jurisprudencia sobre requisitos, fundamento y alcance de la atenuante, por lo que creo oportuno reproducirlo en buena parte. Dice así:

*Es evidente que el pago total o parcial de una indemnización **no atenúa el dolor de las víctimas, pero el Legislador ha querido configurarlo como tal atenuante.***

Por su naturaleza objetiva, esta circunstancia prescinde de los factores subjetivos propios del arrepentimiento, que la jurisprudencia ya había ido eliminando en la configuración de la atenuante anterior.

*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.***

*Como consecuencia de este carácter objetivo su apreciación **exige únicamente la concurrencia de dos elementos, uno cronológico y otro sustancial.***

[...] 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** (STS 4 de febrero de 2000 [RJ 2000, 298]).

El elemento sustancial de esta atenuante consiste en la reparación del daño causado por el delito o la disminución de sus efectos, 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 el artículo 110 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** (Sentencias núm. 216/2001, de 19 febrero [RJ 2001, 368], núm. 794/2002, de 30 de abril [RJ 2002, 6839] entre otras), puede integrar las previsiones de la atenuante, la cual pretende incentivar el apoyo y la ayuda a las víctimas, lograr que el propio responsable del hecho delictivo contribuya a la reparación o curación del daño de toda índole que la acción delictiva ha ocasionado, desde la perspectiva de una **política criminal orientada por la victimología**, en la que la atención a la víctima adquiere un papel preponderante en la respuesta penal. Para ello, el legislador ha estimado 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 reparación del daño ocasionado por su acción puede ser valorada como un **inicio de rehabilitación que disminuye la necesidad de pena.** [...]*

*La reparación debe ser suficientemente **significativa y relevante**, pues no procede 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 (Sentencias núm. 1990/2001, de 24 octubre [RJ 2001, 10318], 1474/1999 de 18 de octubre [RJ 1999, 7575], 100/2000 de 4 de febrero [RJ 2000, 298], 1311/2000 de 21 de julio [RJ 2000, 6917]). **No puede exigirse que la reparación del daño sea necesariamente total, despreciando aquellos supuestos en el que el autor hace un esfuerzo de reparación significativo, aunque sea parcial**, pues el Legislador ha incluido también en la atenuación la disminución de los efectos del delito, y es indudable que una reparación parcial significativa contribuye a disminuir dichos efectos.*

En estos supuestos de reparación parcial habrá que 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 (Sentencia núm. 1831/2002, de 4 de noviembre [RJ 2002, 9628]). La dificultad para determinar si una reparación parcial, por su cuantía, ha de considerarse relevante o significativa a efectos atenuatorios, debe tomar en consideración la cantidad a indemnizar y la entregada o consignada, siempre en relación con la capacidad económica del acusado (Sentencia núm. 49/2003, de 24 de enero [RJ 2003, 427]). [...]

En el supuesto actual se está ante el abono, previo al juicio, de una indemnización 700 euros en nombre del acusado, siendo así que la indemnización solicitada por el Ministerio Fiscal alcanzaba los 12.500 € para el perjudicado, más 6.753,43 para el SESCOFIN, y que en esta sentencia se va a conceder una indemnización de 6.000 € y otra de 6.753,43 €.

La cantidad consignada no es en absoluto significativa, y **tampoco consta que su abono le haya supuesto un esfuerzo especialmente valorable al acusado**, pues, aunque no consta a ciencia cierta cuál es su capacidad económica, sí que se sabe que con anterioridad a los hechos tenía cierto desahogo, y de ahí que pudiera dedicar la tarde y la noche del día de autos a alternar en diferentes bares de copas o que haya podido valerse en el proceso de profesionales de su elección. [...] [subrayado en negrita añadido].

En esta cumplida exposición de los rasgos de la atenuante se observa la tensión entre el carácter objetivo de la atenuante diseñada por la ley y lo que parece que debe latir como fundamento más congruente con el significado de la atenuación. De ahí que la argumentación presente ciertos contrastes, porque no puede sino reconocer que al prescindir del “ánimo” basta con que se indemnice “aunque ello no atenúe el dolor de las víctimas”, pero es legítimo y razonable que se favorezca la reparación privada, que se supone que es la que satisface la “orientación victimológica” del fundamento de la atenuación. Pero asimismo admite la reparación simbólica, y la atenuante analógica cuando se supere el límite cronológico del momento anterior al juicio oral. Y se subraya que, si el pago se basa en mero cálculo de la aminoración de la pena sin contribuir de forma significativa a la reparación, no procedería apreciar la atenuante. Y en el caso concreto, se niega la atenuante, no porque se haya procedido solo a un adelanto o pago parcial, sino porque no se vislumbra que ese pago le haya supuesto un esfuerzo significativo al autor.

3.2. Fundamento

En la misma línea que la doctrina, seguimos leyendo en las sentencias del año 2004 la explicación que afirma la naturaleza objetiva de la atenuante, porque en su redacción se prescinde de mencionar factores subjetivos y porque tiene como fundamento 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”; así lo expresa la **STS 489/2014 de 10 de junio**³³⁸. La sentencia alude a dos

338 Sentencia relativa a una condena en primera instancia por delito de agresión sexual con atenuante de reparación muy cualificada, que el TS rebaja a atenuante simple. Se trataba de dos jóvenes conocidos que se encuentran en sala de fiestas y que terminan en el domicilio de uno por la insistencia del joven que asegura a la víctima que le llevará de inmediato a su casa como

aspectos que se asocian como si estuvieran inevitablemente unidos: la protección a la víctima y la reparación privada, pero elude la tarea de delimitar el significado de ambos aspectos.

Lo que parece subrayar esta orientación es una pauta de atención a la víctima ligada a un acuerdo privado. Una concepción que se distancia de la forma como actualmente se entiende la orientación a la víctima de los discursos propios de los programas donde se promociona la reparación: favorecer la información procesal, su participación activa, su empoderamiento. Sin embargo, ambas perspectivas, de forma conjunta, si son objeto de atención en el marco de los objetivos propios de la justicia restaurativa, como en los programas de mediación que se desarrollan de forma creciente en varias comunidades autónomas.

En cualquier caso, con esa afirmación, no se resuelve el significado de la reparación en sentido estricto y no fundamenta sino describe la actuación de quien pretende acogerse a la atenuante. Pero no profundiza en el fundamento que explica por qué se atenúe la pena al atender a la víctima. Como fundamentación queda por tanto incompleta. La reparación civil es además obligatoria y cumplir con una obligación legal no tiene por qué tener como efecto la atenuación de la pena.

En la misma línea, la **SAP de Albacete 375/2014 de 31 de octubre** como se ha indicado, insiste que estamos ante una figura “orientada por la victimología, en la que la atención a la víctima adquiere un papel preponderante en la respuesta penal”. Pero va más allá en su explicación, para asociar a los intereses generales esa orientación victimológica: “el legislador ha estimado 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.”

ella quería, sin incidentes. Pero de hecho al llegar a su casa le fuerza y agrede sexualmente de forma violenta; pero se asusta por la sangre y lleva a la víctima al hospital donde cuenta al equipo médico lo sucedido y se queda en la sala de espera donde es detenido por la policía.

En la misma línea la sentencia **SAP de Tarragona 41/2014 de 27 de enero** advierte que “La satisfacción de los intereses de las víctimas no se considera ya una cuestión estrictamente privada, de responsabilidad civil, sino como un interés de toda la comunidad. Así pues, 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 una efectiva integración social” ³³⁹.

Una argumentación que se corresponde con una concepción de la reparación situada en el marco de los fines de la respuesta penal, que por lo tanto, no puede identificarse como mero cumplimiento de las obligaciones civiles de pago o de restitución. La importancia que cobra el significado del gesto activo como reconocimiento del mal causado, como asunción de la propia responsabilidad, se asocia aquí la deducción de que se produce un indicio de auto reprobación de su propia conducta anterior y, por ello, indicios de que su reinserción social como ciudadano respetuoso de la ley, podrá lograrse sin necesidad de enfatizar la pena correspondiente en cuanto a los objetivos de prevención especial. También en la referida **SAP Albacete 375/2014** se indicaba que la reparación del daño ocasionado por su acción puede ser valorada como un **inicio de rehabilitación que disminuye la necesidad de pena**.

339 Recurso de apelación que revoca parcialmente la sentencia dictada por el juzgado de lo Penal nº 1 de Reus al apreciar la atenuante de confesión y colaboración con las autoridades. El autor había sido condenado por un delito de robo con intimidación en una sucursal bancaria donde valiéndose de una pistola y un revolver amenazó a los trabajadores de la entidad. Logró que depositasen en una bandolera que portaba 2787,12 euros y trato de hacerse con el dinero de la caja fuerte, pero al contar esta con un sistema de apertura retardada y conocer que tardaría unos diez minutos en poder abrirla, obligó a los trabajadores a cerrarse en el baño de la entidad y no salir hasta pasados diez minutos; y aprovechando la situación huyó con el dinero. Estando huido se puso en contacto con los Mosos d’Esquadra para entregarse, entregar las armas y solicitar perdón a las víctimas. Sin embargo, la entrega se realizó tras ser identificado como autor del robo gracias a que previamente se había autorizado judicialmente la intervención telefónica de sus teléfonos. Por lo tanto, no cumple con el elemento cronológico exigido para estimar la atenuante de confesión, pero sí aporta una cooperación eficaz e importante y por lo tanto, se considera que es de aplicación la atenuante **analógica** de confesión. Por otro lado, el autor pidió perdón a las víctimas pero no devolvió el dinero sustraído por lo que le fue denegada la estimación de la atenuante de reparación.

Además de tener en cuenta la perspectiva victimológica, la **SAP Gipuzkoa 100/2014 de 31 de marzo**³⁴⁰ hace referencia a otra perspectiva de interés para la comunidad al valorar positivamente que quien ha desautorizado *de facto* el mandato o prohibición al cometer el delito, posteriormente lleve a cabo un comportamiento alternativo que traslada una aceptación del orden jurídico.

3.3. Reparación a la víctima y tipo de delitos

El problema que planteamos es que, dado que el tenor legal delimita en su redacción la reparación “del daño ocasionado a la víctima”, la cuestión que debemos afrontar es si esta atenuante tiene el campo limitado por razón del delito cometido o por razón del estadio de ejecución del delito, por ejemplo, una tentativa que no prospera y que puede no llegar a generar ningún daño a la víctima.

La **SAP de Madrid 859/2014 de 18 de septiembre**, aprecia la concurrencia de la reparación como atenuante, apoyándose en jurisprudencia del Tribunal Supremo, concretamente citando la **STS de 22 de junio de 2012**. Admite una interpretación en sentido amplio de la expresión “reducción del daño” del delito y considera relevante cualquier forma de reparación del delito, sea por vía de la restitución, de la indemnización de los perjuicios, de la reparación moral o incluso de la reparación simbólica. Sin embargo, matiza que esta aceptación de un concepto amplio de reparación sólo es aplicable cuando se trata de delitos de resultado no de mera actividad. Sería en todo caso necesario una víctima concreta del delito que sea la beneficiaria del acto reparador. Por lo tanto, por ejemplo, en los delitos de tráfico de drogas en los que el sujeto pasivo es la sociedad en general no podría aplicarse la atenuante de reparación. Por ello, las entregas al Estado de instrumentos para la lucha contra el narcotráfico o el

340 Resuelve un caso de homicidio en juicio por Jurado, en el que se apreció la atenuante de confesión por analogía, pero no la atenuante de reparación, pese a que se dispuso a señalar los bienes a embargar en su país de origen, Bulgaria, porque el Jurado entendió que le faltó la espontaneidad necesaria para apreciar la atenuante. Llama la atención que el tribunal del jurado considera importante este dato, y rechaza la atenuante porque ya le habían detectado los bienes en Bulgaria cuando él se dispone a presentarlos a efectos de avalar la responsabilidad civil en el Juzgado.

afianzamiento dado para el pago de multa o la donación a entes privados, que se dice contribuyen a paliar los efectos de los delitos de tráfico de drogas, sin que conste que se trata de las víctimas que lo son por el delito enjuiciado no pueden tener efecto de cara a la aplicación de la atenuante de reparación. Ni siquiera en caso de analogía.

Asimismo, en la **STS 105/2014 de 19 de febrero**, en un caso de falsificación de moneda, los procesados entregaron ciertas cantidades con el objetivo de reparar el daño, lo cual dio lugar a que se les aplicara la atenuante del art. 21.5 CP en primera instancia ante dicha decisión el MF recurre ante el Tribunal Supremo que le da la razón. A pesar de reconocer el carácter objetivo de la atenuación que trata de reparar el daño de la víctima, se considera que el legislador cuando se refiere a la "víctima" pensaba únicamente en la persona física o jurídica que de forma concreta ha sido afectada directamente por el delito. En estos delitos es el Estado el sujeto pasivo del delito, perjudicado indirecto, pero no víctima en el sentido de la atenuante según esta resolución. Aunque se reconoce que pudo haber otros perjudicados, el Fiscal sólo en un "alarde de previsión", pudo haber pedido indemnización para hipotéticos perjudicados, pero, de hecho, "en este proceso no existieron oficialmente víctimas y el dinero entregado no puede entregarse "ex post-facto" a quienes acreditaran haber sido estafados por los acusados".

Como puede observarse, la fundamentación victimológica en este caso obtura la atención a la intención de compensación de los autores, por más que la propia sentencia indique que dentro del arbitrio judicial puede tomarse en consideración esa "voluntad indemnizatoria".

3.4. Clases de reparación por su intensidad

La circunstancia atenuante puede apreciarse como muy cualificada cuando los requisitos o el contenido que la ley le atribuye se presente en el caso concreto con una notable intensidad, una intensidad muy superior a la que se requiere para apreciar la atenuante general en su modalidad ordinaria. La intensificación

del efecto atenuatorio en estos casos, conforme a lo previsto en la regla 2ª del art. 66.1, aplicación de la pena rebajada en uno o dos grados³⁴¹, explica la importancia de obtener una estimación “cualificada” de la conducta positiva postdelictiva. Claro que para poder obtener esa rebaja es necesario que no concurra agravante alguna según la dicción del referido precepto, lo que impide que en un caso de evidente intensidad de la reparación y del esfuerzo por compensar o reducir el daño, el reflejo en la pena tenga su correspondencia adecuada. Las reglas técnicas aritméticas de individualización de la pena, operan aquí contra el propio fundamento de las circunstancias postdelictivas, porque responden a otra lógica de proporcionalidad que hoy resulta excesivamente rígida en la fase de decisión sobre la pena concreta³⁴².

La jurisprudencia es constante en exigir para la especial cualificación de la circunstancia de reparación del daño, una determinada intensidad, como reitera la **STS 616/2014 de 25 de septiembre**: “el esfuerzo realizado por el culpable sea particularmente notable, en atención a sus circunstancias personales (posición económica, obligaciones familiares y sociales, especiales circunstancias coyunturales, etc.) y al contexto global en que la acción se lleve a cabo”. Por lo tanto, la mayor intensidad de la cualificación ha de derivarse o del propio acto de reparación o de las circunstancias que han condicionado la respuesta reparadora, ya que “la reparación completa del perjuicio sufrido no conlleva necesariamente la apreciación de la atenuante muy cualificada”. La aceptación sistemática de la reparación total como atenuante muy cualificada supondría un nivel de objetivación inadmisibles y contraria al fin preventivo

341 A los efectos de las atenuantes cualificadas pueden ser de aplicación las regla 2ª o la regla 7ª del art. 66.1 CP, que tiene el siguiente tenor: “1. En la aplicación de la pena, tratándose de delitos dolosos, los Jueces o Tribunales observarán, según haya o no circunstancias atenuantes o agravantes, las siguientes reglas: [...] 2.ª Cuando concurren 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. [...] 7.ª Cuando concurren atenuantes y agravantes, las valorarán y compensarán racionalmente para la individualización de la pena. En el caso de persistir un fundamento cualificado de atenuación aplicarán la pena inferior en grado. Si se mantiene un fundamento cualificado de agravación aplicarán la pena en su mitad superior.”

342 Crítica con el sistema aritmético de individualización, y en particular con la ausencia de diferenciación de la naturaleza de las causas de atenuación de la pena, por no separar los supuestos post-delictivos, ASUA BATARRITA, *Atenuantes*, p. 149 ss.

general de la pena. Se pone de relieve, además, que la falsificación de tarjetas de crédito, subsumida en el delito de estafa en relación de concurso de delitos, resultaba penada con excesiva lenidad al repercutir sobre su pena la atenuante propia de un delito con víctimas como la estafa. Por estas razones, el Tribunal Supremo admite el recurso del Fiscal en este punto y rechaza la cualificación de la atenuante para mantenerla como circunstancia ordinaria de atenuación³⁴³.

Resulta interesante comprobar que se reconoce la improcedencia de una “objetivización de la atenuante” porque conduce a resultados opuestos al fin de prevención general que se pretenden con la pena, si bien esta observación se circunscribe a la atenuación cualificada. No obstante, obsérvese la conexión con la prevención general, que aun cuando no se especifica más, implícitamente acoge la dimensión comunicativa del mensaje penal.

En los supuestos de reparación parcial habrá que 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. Señala así la **SAP de Albacete 375/2014 de 31 de octubre** que para resolver la dificultad para determinar si una reparación parcial, por su cuantía, ha de considerarse relevante o significativa a efectos atentatorios, debe tomarse en consideración tanto la cuantía indemnizatoria y la entrega o consigna en su caso, junto con la capacidad económica del acusado. Para valorar la cantidad de la que se debe partir, teniendo en cuenta que las apreciaciones de las partes sobre la valoración del daño suelen ser muy discrepantes, puede tomarse como referencia la petición del MF como órgano público independiente si ya se ha producido la calificación provisional, siempre en relación con las cantidades que usualmente por esos conceptos suelen conceder los Juzgados y Tribunales.

343 La **STS 616/2014 se refiere a una condena por delitos de falsedad y de estafa, por falsificación de** tarjetas de crédito utilizadas para abonar las estancias en hoteles reservados a través de servicios de internet; le fueron intervenidos varias tarjetas “blancas” con banda magnética, y un aparato para copiar reproducir tarjetas de crédito”. Los autores habían pagado la cantidad correspondiente a la indemnización que era obligada, por lo que en primera instancia se les aplicó la atenuante muy cualificada

Lo que no puede tomarse como “reparación” son los pagos abonados por las compañías aseguradoras conforme al seguro obligatorio, como es el caso tratado en la **SAP Castellón 324/2014 de 17 de septiembre**³⁴⁴. En ese caso, la conducta constituiría una obligación “ex lege” y además su cumplimiento no dependería del sujeto activo de manera personal **SJP de Valencia 3/2014 de 7 de enero**.

Tampoco puede acogerse, conforme expresa la **SAP de Madrid 103/2014 de 27 de marzo** la mera prestación de fianza para garantizar las responsabilidades civiles a efectos de que pueda computar como atenuante de reparación o disminución del daño.

Asimismo, “tampoco se puede estimar la pretensión de atenuar la responsabilidad penal desde la alegación de un futuro comportamiento reparador”, según señala la **STS 399/2014 de 8 de mayo**³⁴⁵. Presentar una promesa de futuro no satisface la condición o requisito propio de la atenuante invocada.

Tanto la atenuante de reparación del daño como la atenuante de confesión son dos atenuantes genéricas y por tanto su reflejo en la pena queda sometido a las reglas del art. 66 del CP. El carácter mecánico de estas reglas limita la

344 Apelación interpuesta contra la sentencia absolutoria del conductor de un vehículo en un accidente de tráfico con resultado de muerte de un motorista, conducta calificada como falta de homicidio por imprudencia leve. La absolución del conductor fue debida a la prescripción de la responsabilidad penal por haber estado el procedimiento paralizado durante más de seis meses. La víctima mantenía una relación de pareja con Margarita y tenía dos hijos. La compañía de seguros del vehículo consignó en 2008 y en 2011 diferentes cuantías a favor de los familiares de la víctima. La apelación revoca la previa resolución y condena a Carlos Ramón por un delito de homicidio por imprudencia grave y rechaza la circunstancia atenuante de reparación del daño.

345 Recurso de casación contra sentencia que condenan a los padres por “dos delitos de mutilación genital femenina sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de seis años de para cada uno de ellos” por haber sometido a tal operación a dos hijas como práctica conforme a “sus creencias culturales y religiosas, siendo conocedores ambos procesados de la prohibición de tal práctica en su país de residencia”. El Tribunal Supremo entiende que no se puede estimar la atenuante de reparación alegado un futuro comportamiento reparador “so pretexto de que la restauración no es aconsejable en el tiempo actual de edad de las menores víctimas”.

elección del órgano judicial sobre la intensidad de la rebaja y el efecto real de las atenuantes postdelictivas queda diluido³⁴⁶.

Cuando concurren circunstancias atenuantes y agravantes el art. 66.1. 7ª del CP establece que “se las valorará y compensará racionalmente para la individualización de la pena” lo que permite ir más allá del fundamento puramente objetivo reconocido a las atenuantes postdelictivas.

Así en la **SAP de Santa Cruz de Tenerife 355/2014 de 22 de septiembre** ante un delito de asesinato con el tipo cualificado del art. 140 del CP en el que concurren la agravante de parentesco y la atenuante de confesión, se opta por hacer prevalecer el fundamento de agravación. En el caso analizado, el acusado quitó la vida de su excompañera en presencia de sus hijos menores. Ante lo cual, la sentencia asume que a pesar de que se ha acreditado la existencia de la atenuante de confesión, tal confesión poco o nada aportó a la identificación del autor ya que existía una abundante prueba, incluso testifical directa de su reprochable actuación.

3.5. Mediación y justicia restaurativa

La participación en un proceso restaurativo implica un esfuerzo personal y el compromiso de las partes. No sólo por el deber de acudir a las sesiones de mediación y participar de forma activa y directa en el proceso, sino, sobre todo, por la necesidad de que quien ha cometido la infracción asuma sus propios actos, reflexione sobre las consecuencias derivadas del delito y los perjuicios ocasionados. Las personas que han sufrido las consecuencias de la infracción, tendrán oportunidad de manifestar cómo ha afectado a sus vidas, plantear todas las dudas generadas a consecuencia de la vivencia sufrida y expresar sus necesidades para sentir que han sido reparadas. En el marco de la justicia restaurativa, la reparación del daño generado por el delito se concibe de un sentido muy amplio, y no necesariamente como una reparación económica, pero siempre muy vinculado a las circunstancias de las personas involucradas en el

346 ASUA BATARRITA, Dilaciones indebidas, p. 247 ss.

proceso. ASUA BATARRITA, pone de relieve la paradoja de que frente al esfuerzo que requiere la participación en un proceso de mediación de explicaciones y de confrontación con la víctima, el simple “adelanto” del pago de la responsabilidad civil en vísperas del juicio, reciba la misma valoración positiva y los mismos efectos de atenuación de la pena³⁴⁷. Asimismo, ALCACER GUIRAO, entiende que en los supuestos en los que ha tenido lugar un proceso de mediación entre autor y víctima, se puede dar lugar a la aplicación de reparación del daño incluso si no se contempla una reparación de índole económica. El hecho de que el infractor haya participado en el acto de mediación; haya manifestado su responsabilidad por lo realizado; y de que se haya comprometido a resolver el conflicto con la víctima por la vía del diálogo puede entenderse como un acto dirigido a reparar el daño o a disminuir sus efectos, y puede por tanto constituir ya, en sí mismo, el acto de reparación necesario a efecto del art. 21. 5º CP³⁴⁸.

Conforme a la jurisprudencia, el mero hecho de intentar un proceso de mediación no es suficiente para que se estime la atenuante de reparación. Así la **STS 249/2014 de 14 de marzo**³⁴⁹, afirma que “Intentar un programa de mediación sin más es penalmente irrelevante. La mediación es la herramienta para alcanzar unos fines”. Resulta interesante que esta sentencia diferencie lo que es el procedimiento informal para alcanzar una reparación en el marco de los programas de mediación con la víctima, y lo que es la actuación en la que se plasma luego el acuerdo reparador. Como bien señala la sentencia, “la reparación puede ser uno de los objetivos de la mediación. Pero cabe reparación sin previa mediación; y cabe mediación sin reparación. Es ésta la que constituye una atenuante y no aquélla. Ni siquiera cabe la analogía pretendida por el recurrente. Esa reparación es la que tendría que acreditarse y no únicamente el inicial sometimiento a un programa de mediación fallido”. Con esta afirmación, parece excluir de plano la relevancia de lo que puede constituir un importante esfuerzo, como es el hecho de acudir a los programas de mediación y de reparación que en este momento se

347 ASUA BATARRITA, *Atenuantes postdelictivas*. pp. 161 y ss.

348 ALCÁCER GUIRAO, *La mediación penal*, p. 124.

349 Recurso de casación contra sentencia condenatoria por homicidio en una riña entre grupos El autor asestó cinco navajazos a su víctima, según dice la sentencia, “con el propósito de acabar con su vida, o representándose como probable la eventualidad de resultado de muerte”.

ofrecen como programas pilotos en varias comunidades autónomas en nuestro país. También resulta demasiado tajante en el modo de rechazo de cualquier valor a los procesos de mediación en sí mismos, a diferencia de la expresa mención a estos procedimientos en leyes de otros países, como en Alemania, tal como se ha hecho referencia al inicio de este capítulo.

Sin embargo, a lo que la sentencia no se opone es a que la reparación tenga una naturaleza no pecuniaria, ya que:

La reparación desde una perspectiva restaurativa, no se limita en exclusiva a la responsabilidad civil. "Los parámetros exclusivamente pecuniarios no agotan todas las vertientes de reparación. Puede tener otros componentes que la justicia restaurativa invita a redescubrir. En ocasiones la víctima necesita tanto o más que un resarcimiento económico una explicación, una petición de perdón, la percepción de que el victimario se ha hecho cargo del daño causado injustamente; la comprobación del esfuerzo reparador no seguido de logros efectivos pero que movido por el sentimiento de que se debe reparar el mal inflingido. Por eso han de mirarse con simpatía las normas penales de otros países (como Alemania o Portugal) que sitúan al mismo nivel que la reparación el sincero y real esfuerzo reparador.

La sentencia hace referencia expresa al esfuerzo reparador alejándose de la visión puramente objetivista analizada anteriormente en otras sentencias. Así mismo, hace hincapié en que la petición de perdón o las reparaciones de carácter simbólico ya que reconoce que puede llegar a ser más reparador que una compensación puramente económica.

Por su parte, en la **SAP de Bizkaia 90281/2014 de 3 de junio**, se aborda un delito de maltrato en el ámbito familiar que trataba de tres hermanos que conviven en el mismo domicilio. Uno de ellos, mantuvo una discusión con su hermana en el transcurso de la cual, él le golpeó con el puño en el ojo izquierdo, así como en los brazos; el tercer hermano trató de mediar y ambos se enzarzaron en una pelea. Tras someterse a un proceso de mediación, los hermanos que habían resultado ser víctimas renunciaron al ejercicio de las acciones penales y civiles.

La defensa solicitaba que, frente a la decisión del Juzgado Penal de instancia, el acuerdo de mediación que tuvo lugar, se considerase suficiente para apreciar

la atenuante de reparación. Sin embargo, la Audiencia Provincial desestima el recurso, y niega la atenuante basándose en el siguiente argumento:

Si en el proceso de mediación y en el posterior acuerdo se hubiera incluido la asunción por el acusado de una reparación económica o de cualquier otro modo de restitución del perjuicio causado, si se hubiera constatado algún esfuerzo por parte de aquél en la reparación o en la disminución de los efectos perjudiciales del hecho tendría algún sentido la alegación. Lo que se refleja en el "Acta de reparación" de 6 de agosto de 2012 es pura y simplemente una avenencia entre los distintos pareceres de las partes en cuanto a los puntos que determinan su enfrentamiento y los hechos que son objeto del procedimiento, una asunción de éstos por parte del acusado y un reconocimiento de la culpa, a la vista de lo cual se produce la retirada de acciones, pero nada de eso tiene como consecuencia el reconocimiento de la circunstancia atenuante que se alega que exige un esfuerzo, una actuación específica que objetivamente suponga una reparación o disminución del daño a la medida de las posibilidades del culpable.

Sin embargo, el tribunal sí toma en consideración el proceso de mediación en otro momento de la sentencia, como evidencia su afirmación de que "no resulta indicado o incluso conveniente" imponer las prohibiciones de acercamiento y comunicación acordadas como penas accesorias, ya que considera que no sólo los hermanos conviven en el mismo domicilio, sino que se han avenido a un proceso de mediación "culminado con éxito", y, por tanto, deja las prohibiciones sin efecto.

La propia sentencia, alude a la mediación en este caso en concreto, como proceso "culminado con éxito". A pesar de su éxito, el resultado de la mediación sólo tendrá impacto en relación a las penas accesorias, pero no respecto a la pena principal. Alguno podrá decir que tal proceder puede desincentivar a las partes, así como a sus letrados a acudir de nuevo a un proceso de dichas características.

Debe destacarse en esta resolución, la atención prestada al proceso de mediación y la búsqueda de una ponderación en la forma de tener en cuenta el propio hecho de someterse a una pequeña terapia de encuentro. El efecto de la mediación, reconducido a la exclusión de la pena de alejamiento de sus hermanos, responde a una valoración individualizada de la situación sobre lo que es "necesario" como consecuencia punitiva para el mantenimiento de la

convivencia en ese grupo familiar. De alguna forma, la resolución acoge un criterio de justicia restaurativa, en el margen que la ley le permite.

En cuanto a la referencia o al uso del término “Justicia Restaurativa”, ciertamente es poco frecuente, pero debe reconocerse que comienza a no ser tan extraños. Así en la **STS 435/2012 de 31 de mayo**³⁵⁰ expresamente leemos lo siguiente:

No cabe duda que el creciente protagonismo que la víctima ha alcanzado en el proceso penal, y el primordial deber de atender eficazmente a la reparación de los daños causados, se encuentra en la raíz de las reformas cometidas. La víctima ha pasado de ser el “sujeto pasivo” del delito, sin rostro, a ser protagonista, protagonista pasivo pero corporal y concreto y por tanto perjudicado, de la acción delictiva, y uno de los fines a los que debe atender el sistema de justicia penal, es a la protección del perjudicado de acuerdo con los postulados de la Justicia Restaurativa, que pone el énfasis en el reconocimiento de los roles de la víctima y del agresor poniendo el acento en obtener una respuesta más centrada en el daño concreto causado a la víctima y su reparación”; [...] “De suerte que la reparación viene a restaurar la situación anterior a la infracción, dando satisfacción a la víctima y al mismo tiempo reintegrándose el agresor a la comunidad civil por el reconocimiento de su ilegítimo actuar que se patentizaría con el hecho de la reparación y reconocimiento de la violación normativa que efectuó.

Asimismo, en la **STS 1018/2013 de 17 de diciembre**³⁵¹ la referencia genérica se manifiesta dando cuenta de que “se habla de justicia restaurativa como aquella que pone el acento en conseguir una efectiva satisfacción para víctimas del delito otorgándoles más protagonismo, frente a un modelo de justicia punitiva”.

Las resoluciones referidas dan cuenta del estado de aceptación de la Mediación intrajudicial a lo largo del último año (incluida la STS recién citada de diciembre de 2013) atendiendo a las explicaciones que recogen las propias

350 Recurso de casación contra sentencia condenatoria por delito continuado de agresión sexual al sobrino de siete años; tío y sobrino tenían una estrecha relación de amistad con los padres del menor por lo que se quedaba con él cuando los padres por razones de trabajo no podían hacerse cargo. El condenado consignó 5.000 euros para pagar los perjuicios ocasionados al menor, acto de compensación pecuniaria sobre el que gira el debate sobre la aplicación de la atenuante de reparación.

351 Recurso de casación interpuesto contra sentencia condenatoria por delito de falsificación de documento mercantil y de apropiación indebida.

resoluciones. Ciertamente son pocas las sentencias que hacen mención a la acogida de la mediación, por más que parece prosperar en el propio CGPJ el apoyo a la información y propuestas al respecto. Basta consultar la web el CGPJ en el apartado temático de “Mediación” y concretamente en lo referido a la mediación penal, para comprobar que se ofrece amplia información de los programas realizados, de los Convenios firmados por el Consejo con las Comunidades Autónomas y con numerosas Asociaciones de Mediadores en el ámbito penal ³⁵². Ahora bien, en este punto del presente trabajo interesa ahora destacar que en la propia web se ofrecen tres “modelos” –así se les denomina– de sentencias penales en las que específicamente se deja constancia en los Hechos y en los Fundamentos de Derecho de la celebración del acto de mediación, del acta de compromiso, e los resultados, y en consecuencia de la apreciación de la atenuante de reparación del daño, muy cualificada o simple, en el marco de la conformidad de las partes y el Ministerio Fiscal.

Se trata de dos sentencias de un Juzgado de los Penal de Jaén, la primera referida a un delito continuado de robo con fuerza y la segunda referida a un delito de “violencia domestica, de un hijo respecto a su madre; en ambas se produce la conformidad. El tercer “modelo” que se ofrece es el de una sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, respecto a un caso de estafa y falsedad, sin conformidad pero con acuerdo de mediación entre las partes que conduce a la aplicación de la atenuante de reparación muy cualificada. Voy a detenerme en estas resoluciones, porque aunque es evidente que constituyen una muestra de una práctica muy reducida de asunción de la mediación intrajudicial, exponen de manera ilustrativa la traslación del acuerdo obtenido a la propia sentencia, y a la vez encontramos explicaciones sobre el merecimiento de menor pena, el sentido de la atenuación por la reparación, no solo económica, sino en cuanto al pronóstico de comportamiento futuro.

El primer modelo, reproduce una sentencia del año 2008 del Juzgado de lo Penal n. 3 de Jaén del año 2008 (cuyo número se ha ocultado, al igual que otros datos identificativos). En el segundo de los Antecedentes de Hecho se da cuenta de que:

352 www.poderjudicial.es, en Temas, Mediación.

El asunto fue derivado para que se desarrollase un proceso de mediación, en el seno de una experiencia que se lleva a cabo en este juzgado en colaboración con la Fiscalía de la Audiencia Provincial de Jaén, confiándose el caso al profesional D.xxxxxx, de la Asociación de Mediación para la Solución de Conflictos "Solucion@ Jaén". Después de entrevistarse con el acusado y los perjudicados, el mediador logró que ambos llegaran a un acuerdo, en el que el Sr. Xxxxx reconoció los hechos y mostró su arrepentimiento, consignando el importe de los efectos sustraídos y daños causados, lo que fue aceptado por ambos perjudicados. El acusado manifestó que actualmente se encuentra trabajando.

Y seguidamente se expresa que:

Concluido el proceso de mediación con acuerdo de reparación se convocó a las partes a juicio, donde el Ministerio Fiscal, modificando su escrito de calificación provisional, añadiendo en el relato de hechos que el acusado había consignado la cantidad solicitada como indemnización apreciando en consecuencia la atenuante muy cualificada de reparación del daño del art. 21.5 en relación con el art. 66.2 CP, solicitando para el acusado la pena de seis meses de prisión a sustituir por doce meses de multa con una cuota diaria de dos euros. El acusado y su defensor mostraron su conformidad con los hechos del escrito de conclusiones del Fiscal, con la calificación jurídica y la pena solicitada. En dicho acto se anticipó el fallo, manifestando las partes su voluntad expresa de no recurrir.

Se trataba de un caso de escasa entidad puesto que se la cantidad solicitada como responsabilidad civil por el Ministerio Fiscal para pago de los dos perjudicados, era de 882.48 euros, por lo que su consignación antes del juicio oral se consideró suficiente para reparar el daño causado. Expresamente se dice en Los Fundamentos de Derecho que:

La consignación antes de juicio oral de la cantidad solicitada como responsabilidad civil, comprensiva del importe de los efectos sustraídos y daños causados en los vehículos de ambos perjudicados, tasados en 882,48 euros, constituye una reparación íntegra del daño a los dos perjudicados que junto con el arrepentimiento mostrado justifica la apreciación de la atenuante como muy cualificada, autorizando la reducción de la pena en dos grados. [...] El acusado con su actitud y la reparación íntegra del daño está dando un paso hacia su rehabilitación social, ya que reconoce el daño y se ha esforzado en reinsertarse (prevención especial), y reconoce la norma violada con su conducta anterior y restablece la paz social mediante la satisfacción de la indemnización por los efectos sustraídos y daños causados (prevención general). Ambos perjudicados aceptan tal reparación, que se hará efectiva mediante la entrega de la cantidad consignada, dándose por satisfechos.

La pena impuesta fue la de seis meses de prisión que fue sustituida por doce meses de multa, con una cuota diaria de dos euros por considerar que

Concurren factores favorables a la sustitución conforme al art. 88 CP, ya que el acusado, si bien tiene un antecedente penal por hecho similar, ha modificado su conducta al encontrarse trabajando, por lo que carece en la actualidad de peligrosidad criminal, y ha reparado el daño, lo que unido a la duración de la pena, inferior a un año de prisión es suficiente para acordar la sustitución por doce meses de multa, con una cuota diaria de dos euros. Se advierte al penado que el impago de la multa supondrá el cumplimiento de la pena de prisión principal.

El segundo “modelo” proviene del mismo Juzgado de lo Penal n. 3 de Jaén en una causa seguida por un delito maltrato habitual y cuatro faltas de amenazas, de un hijo contra su madre. Un supuesto de “violencia doméstica” que queda fuera de los supuestos de violencia de género contemplados en la LO 1/2004 por no tratarse de relación de pareja, pero que no dejaba de ser un caso grave de amenazas continuadas³⁵³. Al igual que en la resolución anterior, se da cuenta de que el caso ha sido derivado a una mediación, con indicación del nombre del mediador y del programa “Soluciona Jaén”, y relata que

Después de entrevistarse con el acusado y la perjudicada, la mediadora logró que ambos tuvieran un encuentro y llegaran a un acuerdo, en el que el Sr. xxxxxxxx reconoció los hechos, mostró su arrepentimiento, pidió perdón a su madre, Dña. xxxxxxx, y hermana, Dña. xxxxxxxxxxxx, y se comprometió a continuar el tratamiento de desintoxicación del alcohol que está siguiendo en el CPD de Villacarrillo, lo que se propuso por ambas partes como fórmula de reparación. Las Sras. xxxxxxxx, madre y hermana, respectivamente, del

353 Los hechos, que fueron admitidos por el acusado, relata que, vive con su madre desde hace 14 años, fecha en que se separó de su esposa y que debido al alcoholismo crónico que padece tiene multitud de problemas de convivencia. Las amenazas datan desde hace tiempo, con constantes amenazas en algunos episodios incluso con armas exigiéndole dinero; amenazas de ahorcar a la madre o de cortarle el cuello; “ El día 18 de agosto de 2003 el acusado en el domicilio que comparte con su madre agredió a ésta, causándole lesiones de las que ha tardado en curar 15 días, dando lugar a un Juicio Rápido de Faltas núm. 3/03, dictando el Juzgado núm. 2 de Villacarrillo sentencia condenatoria de fecha 26 de agosto de 2003 por una falta de maltrato. El día 7 de junio de 2006 el acusado llegó al domicilio de su madre, donde se encontraba su hermana xxxxxxxx pasando unos días de vacaciones, en actitud agresiva tras haber consumido bebidas alcohólicas y haciendo ademán de sacar algo del bolsillo les dijo “con ésta se van a cortar cabezas, va a correr la sangre”, ante lo cual las dos mujeres decidieron irse de la casa. El día 19 de junio de 2006 el acusado en el domicilio familiar volvió a amenazar con matar a su madre y a su hermana xxxxxxx, teniendo estas que pedir ayuda a la policía y a los servicios médicos para que tranquilizaran al acusado”.

acusado, aceptaron disculpas que les ofrecía aquel y reconociendo que dichos episodios e violencia habían tenido lugar por el problema de alcoholismo crónico que tiene aquel se dieron por reparadas con que el acusado continuara su rehabilitación de su adicción al alcohol y no lo abandonara hasta su total recuperación. D xxxxxxxx se ha comprometido a continuar el tratamiento de rehabilitación de su adicción al alcohol iniciado en el CPD de Villacarrillo y no abandonarlo hasta su total recuperación.

En el Antecedente tercero se anticipa el Fallo, al indicar que:

Concluido el proceso de mediación con acuerdo de reparación se convocó a las partes a juicio, donde el Ministerio Fiscal, modificando su escrito de calificación provisional, calificó los hechos como constitutivos de un delito de maltrato habitual del art. 173.2 del Código Penal y cuatro faltas de amenazas, con la eximente incompleta de alcoholismo del art. 21.1 en relación con el art. 20.1 y 68 CP, solicitando para el acusado por el delito la pena de seis meses de prisión, un año y seis meses de privación de tenencia y porte de armas y un año y seis meses de prohibición de aproximación y comunicación a su madre y hermana xxxxxx, y por cada falta seis días de localización permanente, además de una medida de seguridad consistente en sometimiento a tratamiento de rehabilitación del alcoholismo durante un plazo máximo de tres años. El acusado y su defensor mostraron su conformidad con los hechos del escrito de conclusiones del Fiscal, con la calificación jurídica y la pena y medida solicitada, y asumieron como reparación del daño la continuación del tratamiento de rehabilitación del alcoholismo iniciado. Además, oídas las víctimas tanto el Ministerio Fiscal como el Letrado de la defensa estimaron procedente la suspensión de la pena por plazo de dos años condicionada a la continuación del tratamiento rehabilitador comprometido.

En consonancia con lo aceptado por el acusado y por las víctimas, se le condena a un apena de prisión que inmediatamente se sustituye por un internamiento de deshabitación por tres años, con aplicación de la atenuante muy cualificada de reparación, y la de eximente incompleta de alcoholismo. En el fundamento de Derecho Segundo se dice que:

Se considera adecuada a la entidad de los hechos, la culpabilidad del acusado y su actitud procesal, las penas de seis meses de prisión (rebaja en dos grados de la pena –eximente incompleta de alcoholismo–), un año y seis meses de privación de tenencia y porte de armas y un año y seis meses de prohibición de aproximación y comunicación con su madre y hermana, por el maltrato habitual y seis días de localización permanente por cada falta de amenazas. Asimismo, dada la dependencia al alcohol es procedente imponer como medida de seguridad, al amparo del art. 105.1 1 a) CP la sumisión a

tratamiento rehabilitador de su adicción al alcohol en el centro de drogodependencias de Villacarrillo durante un plazo de tres años, siendo los Servicios Sociales Penitenciarios los encargados de vigilar su cumplimiento e informar a este Juzgado.

El acusado con su actitud y el compromiso de no abandonar tal tratamiento hasta su total recuperación, está dando un paso hacia su rehabilitación social, ya que reconoce el daño y se esfuerza en poner remedio a su adicción (prevención especial), y reconoce la norma.

El tercer modelo es el de la **SAP 149/2012 de Valladolid**, referido a un caso de delito de estafa en concurso con un delito continuado de falsedad según calificación definitiva del Fiscal. En este caso no hubo conformidad, el juicio se celebró y se mantuvo la discusión sobre si debían calificarse las manipulaciones falsarias como un solo delito o como delito continuado. La pena de prisión solicitada por el Fiscal ascendía a 21 meses. Sí había acuerdo sobre la aplicación de la atenuante muy cualificada del art. 21,5. La perjudicada, ejerciendo acusación particular era un Ayuntamiento, que participó en un acuerdo de reparación intrajudicial a cuya Acta se refiere para explicar que en su calificación de los hechos solicita que se estime la atenuante del art. 21,5º del CP como muy cualificada y que se rebaje la pena en dos grados (art. 66,1. 2º CP). El Tribunal admite la atenuación, que justifica porque:

el acusado ya reconoció los hechos desde la primera declaración ante el Juzgado y que este procedimiento ha sido incluido en la experiencia de mediación penal intrajudicial llegando al acta de reparación (folio 28) en la que el acusado además de reiterar ese reconocimiento de los hechos, lamentó las consecuencias de su comportamiento y pidió disculpas mostrando su voluntad de reparar el daño moral causado al Ayuntamiento a cuyo fin se ofreció a realizar trabajos de acondicionamiento de una calle de esa localidad de forma voluntaria y gratuita, lo cual efectivamente llevó a cabo según lo acordado tal como se acredita con el acta de recepción de dichas obras (folio 75). Junto a ello se pone de manifiesto (folio 71) que la póliza de crédito de anticipo de efectos mercantiles que Royba 98 SL (mercantil administrada por el acusado) tenía en el Banco de Santander, consta cancelada, de forma que no aparece pendiente de pago –en todo o en parte– la suma consignada y sobre la que versa este procedimiento ³⁵⁴.

354 La pena de prisión solicitada por el Fiscal en su calificación definitiva de los hechos como estafa y delito continuado, admitiendo la atenuante de reparación cualificada, fue de 21 meses de privación de libertad; el Fallo de la sentencia se concreta en dos penas de por el delito de estafa, de 4 meses de prisión, con accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante la condena, y multa de 2 meses con una cuota diaria de seis euros; y por el delito de falsedad documental, de 2 meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante la condena, y multa de 2 meses con una cuota diaria de seis euros

Interesa destacar que en toso estos casos se pondera el compromiso de la persona condenada en cuanto a someterse a tratamiento, o a ofrecer una reparación que se adelanta a lo que le será exigible, y ofreciendo alguna otra prestación. O en todo caso, se tienen en cuenta las circunstancias respecto a la actitud del sujeto respecto al reconocimiento de su responsabilidad y respecto a su conducta futura. Aspectos que pocas veces aparecen explicitados o ponderados en la mayoría de las resoluciones judiciales que aplican la atenuación bajo un entendimiento netamente objetivo de la reparación.

Y como se desprende de la reciente investigación de IGARTUA LARAUDOGOITIA, tal como indicaba la doctrina y conocían los expertos, la incidencia de la mediación intrajudicial es muy dispar, y no siempre el acuerdo obtenido tiene un reflejo en la estimación de la atenuante. Y, sobre todo, podría considerarse que la oferta de rebaja de pena por la conformidad en los juicios rápidos actúa como posible causa de rechazo de una mediación. En su estudio de campo, cuyo objetivo era analizar la relevancia jurídica de la consecución de acuerdos restaurativos, se centró en los asuntos gestionados en el Servicio de Mediación Intrajudicial del Territorio Histórico de Bizkaia, examinó las causas penales por delito de lesiones y daños cuya ejecución penal se hubiera iniciado en el 2013. Los resultados del estudio concluyen que la mayor parte de los acuerdos de mediación alcanzados no obtuvieron reflejo en la calificación de los hechos, no habiéndose estimado la atenuante de reparación del daño, con independencia de su naturaleza económica o simbólica. Y en los casos en que sí se estimó la concurrencia de la atenuante de reparación, no llevó aparejada una minoración de la pena. La estimación de la atenuante simple no determina necesariamente una reducción de la pena, de acuerdo con las reglas del CP; e incluso la eventual reducción queda absorbida por la propia rebaja premial que la ley contempla para la conformidad en los juicios rápidos ³⁵⁵.

355 IGARTUA LARAUDOGOTIA, Justicia penal restaurativa, p. 486 ss.

3.6. Propuestas de regulación de atenuante específica

Podríamos pensar que en un futuro próximo pueda prosperar una redacción de la atenuante que contemplara la exigencia de que la reparación conllevara la realización de un esfuerzo perceptible, que contemplara los delitos sin víctimas, que acogiera expresamente la participación en programas de mediación o similares que favorezcan la participación activa del infractor. Una causa genérica en la que podría aceptarse diversas modalidades de conductas positivas, de suficiente seriedad, sometida a un determinado procedimiento de control o supervisión en la concurrencia de la conducta positiva.

No faltan propuestas al respecto. Así, RIOS MARTIN, esboza una propuesta de acogida de la mediación-conciliación. Vendría a ser una atenuante adicional sobre las actuales atenuantes que permitiría reconocer este campo específico que no siempre encuentra su reflejo en la atenuante de reparación:

Será causa de atenuante de la responsabilidad penal la conciliación víctima e infractor a través de un proceso de mediación. La ejecución material de la reparación deberá, al menos, iniciarse con anterioridad al acto del juicio oral. La reparación puede entenderse suficiente si así lo acuerdan las partes, con la restitución, reparación, indemnización, petición de perdón, reconocimiento de hechos y otras que sean consideradas como idóneas por ella Juez o Tribunal, el Ministerio Fiscal y las partes personadas³⁵⁶.

No obstante, debe continuar la reflexión en la línea de lograr identificar los rasgos que conforman el denominador común de las diversas figuras que pueden encuadrarse en el marco teórico de la justicia restaurativa. A partir de esta identificación, se requiere una mínima sistematización del conjunto y clarificar la fundamentación.

Por el momento, en este trabajo se ha pretendido desvelar algunos de los problemas que crean confusión por la dificultad de aunar explicaciones contradictorias, lo cual también se proyecta en la jurisprudencia.

356 RIOS MARTIN /PASCUAL RODRIGUEZ/BIBIANO GUILLEN, mediación penal y penitenciaría, pp. 138 y ss.

Estamos ante lo que puede ser un principio rector en construcción, un principio transversal que puede proyectarse en distintos niveles del sistema de justicia penal. Un principio que modula otros principios o criterios sobre el sentido y fines de la pena que no ofrecen una adecuada respuesta en esta sociedad compleja, con rasgos muy distintos a los de etapas históricas anteriores.

Podríamos pensar, que en un futuro próximo pueda prosperar una redacción de la atenuante que contemplara la exigencia de que la reparación conllevara la realización de un esfuerzo perceptible; que tuviera en cuenta los delitos sin víctimas; o que acogiera expresamente la participación en programas de mediación o similares que favorezcan la participación activa del infractor.

4. Atenuación para las personas jurídicas. art. 31 *quáter*

Como es sabido, la reforma del CP introducida por la LO 5/2010, estableció por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico la responsabilidad penal de las personas jurídicas, lo que supuso implicar a éstas en la evitación de la comisión de delitos que pudieran favorecerles³⁵⁷. En lo que ahora interesa destacar, en el art. 31.4 se reconocieron como circunstancias específicas de atenuación para las personas jurídicas cuatro supuestos que se refieren en sentido estricto a conductas postdelictivas positivas que se han mantenido en su tenor sin modificación en la última reforma operada por la LO 1/2015 pasando a constituir el texto completo del nuevo art. 31 *quáter*, que dice así:

Sólo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, las siguientes actividades:

- a) *Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades.*
- b) *Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos.*
- c) *Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito.*
- d) *Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica.*

En el supuesto a) es perfectamente reconocible la atenuante general de confesión del art. 21.4 del CP, como igualmente en el supuesto c), el cual reproduce el tenor de la atenuante de reparación del art. 21.5. Pero se

357 Vid GOMEZ MARTIN, Comentarios, p. 177, refiriéndose al modelo *Third Party Strategy*, como implicación político criminal de la empresa, fórmula propuesta en numerosos instrumentos internacionales a los que remite.

adicionan dos supuestos más. En la letra b), el de “colaboración con la justicia” mediante la aportación de pruebas, que extiende el campo atenuatorio de la confesión, y a la vez, presenta semejanzas con las previsiones específicas de atenuación cualificada de la pena previstas para delitos cometidos en el seno de organizaciones delictivas, tráfico de drogas (art 376 CP) y delitos de terrorismo (art. 579), concretamente en lo relativo a la aportación de pruebas “decisivas” para esclarecer responsabilidades penales³⁵⁸. Debe subrayarse que esta previsión de atenuación por “colaboración con la justicia” se presenta aquí con carácter general para todo sujeto responsable que sea persona jurídica, independientemente de la clase de delito. EL CP no contempla para las personas físicas, tal circunstancia general, sino únicamente en los específicos delitos referidos.

La atenuación contemplada en la letra d) resulta más singular. Reconoce el valor de un proceder positivo en la organización de la persona jurídica, el establecimiento de medios que prevengan la comisión de nuevos delitos. Es decir, la interposición de medidas dirigidas a evitar nuevas infracciones, el reconocimiento de lo que pudo evitarse, la asunción de un coste, de un esfuerzo que aleje el peligro de repetición, que favorezca la tranquilidad al respecto. ¿Acaso no es sino otra forma de aportar tranquilidad respecto al futuro?; ¿Acaso no es asimismo un reconocimiento y rectificación? Rectificación de sentido común si se quieren evitar nuevos problemas, como haría cualquier

358 Art. 376 CP *“En los delitos previstos en los artículos 368 al 372, los Jueces o Tribunales, razonándolo en la sentencia, podrán imponer la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley para el delito de que se trate, siempre que el sujeto haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas, y se haya presentado a las autoridades confesando los hechos en que hubiera participado y haya colaborado activamente con éstas, bien para impedir la producción del delito, bien para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido con las que haya colaborado”*; Art. 579 CP, de redacción prácticamente idéntica al art. 376: *“En los delitos previstos en esta sección, los Jueces y Tribunales, razonándolo en la sentencia, podrán imponer la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley para el delito de que se trate, cuando el sujeto haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas y se presente a las autoridades confesando los hechos en que haya participado y además colabore activamente con éstas para impedir la producción del delito o coadyuve eficazmente a la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para impedir la actuación o el desarrollo de bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas a los que haya pertenecido o con los que haya colaborado.”*

empresa, asociación, para evitar resultados o costes no deseados. Ahora se trata de reconocer que el delito es un coste no deseado y que no renta. Y ese reconocimiento, junto con las medidas preventivas puestas en marcha, efectivamente produce un efecto de prevención general positiva.

Ciertamente, la atenuación para personas jurídicas debe compartir el mismo fundamento que se predique para las actuaciones de personas físicas; resulta claro si se apela al "interés político criminal" de agilizar la justicia y favorecer su funcionamiento; aunque se trate, como diremos, de un fundamento que describe el efecto de la conducta más que ofrecer una explicación de la razón de la atenuación. Pero también, desde un entendimiento de la atenuación conforme al sentido de la finalidad preventivo-general de tranquilización de la generalidad, de la restauración de la paz jurídica, no hay razón para diferenciar el efecto pacificador por el hecho de que se trate de una persona jurídica. No obstante, probablemente sean necesarias ciertas cautelas, precisamente por el hecho de que la "persona jurídica" puede tener recursos que obliguen a sopesar cuidadosamente hasta qué punto su colaboración con la justicia tiene significado pacificador y de aseguramiento de futuro sometimiento a la ley penal o puede considerarse una mera estrategia no idónea para generar aquella confianza en la sociedad.

No es el momento, ni procede en los límites de este trabajo, entrar a examinar las singularidades que presentan estas nuevas atenuantes, por razón del sujeto activo peculiar. La ausencia de jurisprudencia al respecto, aconseja que dejemos estas figuras fuera del análisis que se aborda.

Lo cual no obsta a que se pueda concluir con alguna reflexión de interés para el sentido del presente estudio. El legislador del año 2010, y del año 2015, es decir, bien entrado el siglo XXI, al afrontar las posibles atenuantes para la nueva modalidad de responsabilidad penal en cuanto la ampliación a personas jurídicas, ha expresado claramente que resultan definitivas las conductas positivas postdelictivas para considerar procedente una menor necesidad de pena. Y que el elenco de esos cuatro supuestos, revela que las tradicionales atenuantes de confesión y de reparación se expanden atendiendo

a un fundamento implícito: que la reparación en lo posible de la situación que la comisión del delito conmovió, en tanto quepa reparación y prevención de nuevos delitos, es una conducta a promover por su efecto "restaurador". La mejor forma de tranquilizar y devolver la confianza, es la de permitir al responsable que "restaure" el daño y la conmoción causada. Todo ello, tendrá su "descuento" en la pena que la ley ha considerado oportuna para los casos en los que no hay esa aportación por parte del propio autor.

No deja de ser paradójico que sea en relación a personas jurídicas, empresas, asociaciones, donde los legisladores han venido a reconocer la dignidad y la necesidad de cambiar de modelo "antropológico" del "delincuente". Incluso en un campo donde el modelo de "*homo economicus*" podía resultar más ajustado, el modelo que subyace a esta oferta de oportunidades de colaborar, restaurar, y ser tratado como alguien capaz de ofrecer a la justicia su propia "reconstrucción", es el modelo que WALGRAVE denomina "ciudadano". El de un derecho penal más civilizado.

Tal vez pueda considerarse que, en este campo del derecho penal de las personas jurídicas, se inicia, junto con el campo del derecho penal juvenil, allí por la prevalencia de la óptica educadora, una vía de entrada al reconocimiento de los principios de la justicia restaurativa.

5. Otras previsiones sobre actos positivos postdelictivos

Además de la atenuante genérica de confesión, el CP contempla de forma específica atenuantes muy cualificadas en el marco de delitos cometidos a través de una asociación criminal, en el art. 376 respecto a miembros de organizaciones en relación al tráfico de drogas y en los artículos 570 *quáter.* 3 y 579 *bis.* 3 para los delitos de terrorismo. Atenuante que requiere la concurrencia de varias actuaciones, concretamente en la dicción el art. 376:

que el sujeto haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas, y se haya presentado a las autoridades confesando los hechos en que hubiera participado y haya colaborado activamente con éstas, bien para impedir la producción del delito, bien para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido con las que haya colaborado.

Estas figuras de atenuación cualificada son conocidas desde antigua como los premios a los “pentiti”, o premio por la delación, que llegaba incluso a excluir la pena, en el marco de la lucha contra el terrorismo y contra la mafia ³⁵⁹. La lógica que las anima aunque podría compartir su fundamento con la atenuante de confesión, pero, como señala GARRO CARRERA, gira sustancialmente sobre fines de utilidad para la investigación, primando este objetivo pragmático sobre otras consideraciones como la del valor de la mera confesión o de la separación de la organización criminal, o el significado del esfuerzo por reparar los daños, algo que en estas figuras queda fuera de contemplación. Lo cual, en palabras de la citada autora nos sitúa ante la paradoja de que estas previsiones discurren sobre un fundamento opuesto a la que subyace a la atenuación general prevista para la reparación o la confesión en el art. 21 del código penal: “No se trata pues de que el sujeto se comprometa seriamente, ni basta con que haga todo cuanto esté en su mano por colaborar. Su disponibilidad, por mucho que sea plena, sólo tendrá los efectos aludidos si es idónea para conseguir los objetivos prácticos descritos.

³⁵⁹ Una cumplida exposición de estas figuras y de las críticas que suscitan, en GARRO CARRERA, *Comportamiento postdelictivo*.

En otras palabras: lo que prevalece es el resultado del comportamiento postdelictivo positivo y no tanto la disponibilidad del sujeto ni su esfuerzo serio por colaborar”³⁶⁰.

Nos encontramos por tanto ante unas figuras que detallan la conducta postdelictiva, exigiendo al autor una suma de condiciones –confesar, informar de forma eficaz, colaborar de forma eficaz– lo cual puede sin duda ser muy relevante para expresar el reconocimiento de la responsabilidad propia. Pero a la vez, facilitan de forma selectiva la negociación de la información por interés recíproco, sin que sea necesario que haya atisbo de “reparación” a las víctimas o que sea significativo a los ojos de la generalidad. Constituye por ello unas previsiones que no pueden reconducirse sin más al campo de los principios de la justicia restaurativa, salvo que sean modificadas de manera que permitan acercarse al fundamento de otras figuras que más claramente se coheren con los principios de reparación y restauración de la conmoción causada por el delito. En este sentido GARRO CARRERA propugna una reelaboración de las mismas para avanzar “hacia un mínimo denominador común en el comportamiento postdelictivo positivo penalmente relevante”. Y en ese mínimo común, debe partirse, indica, de la correlación entre los comportamientos positivos que merecen ser tenidos en cuenta y la teoría de la prevención general positiva, que parece la más idónea para fundamentar de forma convincente la rebaja de pena:

Hay acuerdo en la doctrina al considerar que la necesidad de estabilización normativa tras la comisión de un delito puede ser menor, cuando el propio autor, a través de su conducta positiva, contribuye a trasladar el mismo mensaje al que está llamada la pena, como ocurre con la reparación y la confesión cuando adquieren el valor expresivo de actos de revocación y de asunción de responsabilidad autónomamente decididos por el infractor. Desde esa perspectiva, la adecuada reconducción del comportamiento postdelictivo positivo en el ámbito de la delincuencia asociativa hacia una fundamentación de racionalidad coherente con el sentido de la intervención penal supondría incidir sobre la irrenunciabilidad del carácter valioso o meritorio de la conducta postdelictiva desplegada. Es decir, como en la criminalidad común, la conducta postdelictiva deberá poder conectarse con la conducta delictiva previa al menos en el plano simbólico de su significado comunicativo, como su envés. Pero

360 GARRO CARRERA, *Comportamiento postdelictivo*, p. 10.

además de esa exigencia compartida, también en la criminalidad organizada y en el terrorismo debiera admitirse la contrapartida que no se cuestiona en la delincuencia común, dotando de relevancia penal a actos que denoten un compromiso serio orientado a rectificar o a mitigar el daño causado, pese a que no lleguen a aportar el grado de utilidad pretendido.

La idea expresada por GARRO CARRERA señala el camino que puede facilitar una ordenación coherente y con pretensión de sistematicidad de los principios que deben señalar una orientación hacia la justicia restaurativa.

Por otro lado, aunque sea una breve mención, a estas previsiones premiales específicas que se relacionan únicamente con delitos concretos, hay que añadir otras figuras que se agrupan como causas de exención de la pena por el comportamiento postdelictivo positivo del autor, genéricamente denominadas bajo la calificación de "excusas absolutorias". En concreto, como subgrupo de las excusas absolutorias, interesa ahora solo observar que cuando la conducta posterior puede neutralizar, hacer desaparecer, o evitar el resultado lesivo, nos encontramos ante claros supuestos de "restauración", de reparación del daño, que puede constituirse como figuras perfectamente compatibles con los principios de la "justicia restaurativa". Por más que se apele a su carácter premial de fundamento pragmático político. La disparidad de supuestos, y la falta de claridad de su fundamento, impide que podamos entrar en su análisis, pese a que su creciente aplicación en nuevos ámbitos parece atraer una creciente atención.

La presencia de excusas absolutorias fundadas en lo que LANDERA LURI califica de "conductas contra típicas"³⁶¹ es antigua. Desde el premio al desistimiento en los delitos de rebelión y sedición, pasando por el premio a la devolución del dinero en los delitos de la malversación de funcionarios, hasta las nuevas figuras de regularización fiscal, de fraude de subvenciones, impedimento de propagación del incendio, entre otras.

Figuras cuya contemplación reclama la necesidad de una ordenación sistemática de lo que son hoy previsiones dispersas, de gran calado, pero

361 Vid, sobre las "acciones contratípicas" LANDERA LURI, *excusas absolutorias*, con amplio análisis de este grupo de excusas absolutorias

muchas de ellas de deficitaria construcción en cuanto a la coherencia de su fundamento material. Tampoco se entiende bien por qué se reservan estas figuras de exención de pena, o de fuerte atenuación de la pena, a determinados delitos y no se extiende a otros de naturaleza similar. Desde parámetros de valoración de la actuación restaurativa, procede un replanteamiento de este amplio panorama de figuras que parecen compartir un fundamento común pero que reciben un tratamiento dispar y asistemático.

6. Recapitulación

En el CP vigente se contemplan un cierto número de previsiones de atenuación o incluso de confesión y de reparación del daño, también, las cuatro previstas en el art. 31*quáter*, desde 2010, exclusivamente para las personas jurídicas: confesión, reparación, colaboración con la justicia y actuación positiva de prevención de futuros delitos. Por otro lado, se observan, las normas específicas reservadas para delitos cometidos en el seno de la delincuencia organizada, en relación al tráfico de drogas y al terrorismo que requieren una reformada actuación de abandono del grupo organizado y colaboración con la justicia.

Por último, el CP acoge las causas de exención de la pena que el legislador ha establecido para determinados delitos que suelen denominarse excusas absolutorias sobrevenidas. En el ámbito patrimonial-económico del Estado como en los delitos contra las Haciendas públicas, o los delitos de malversación de caudales; en el delito de cohecho, con el premio a la denuncia; los antiguos del desistimiento de alzamientos públicos en rebelión y sedición; en los delitos de incendio, la pronta intervención para evitar la propagación...

La contemplación de todo este conjunto, permitiría afirmar que en el ordenamiento penal español se otorga un amplio reconocimiento al valor de las conductas dirigidas a reparar, disminuir o paliar el daño previamente causado. Podríamos decir, que implícitamente se asume el valor de la conducta positiva reparadora del autor. Pero ¿bajo qué parámetros o en qué clave se considera valioso?

La aproximación a cada una de estas figuras, revela que la forma en que se delimita el campo de su aplicación resulta poco congruente con lo que podía ser fundamento, atenuaciones genéricas; y en relación a los supuestos específicos y a las excusas absolutorias, surge la pregunta sobre la razón de la selección de la consecuencia premial solo ciertos delitos.

Se constata, que gran parte de las exenciones por actos positivos (o conductas contratípicas en expresión de LANDERA LURI) responden a una tradición

histórica de favorecer el desistimiento. Sin embargo, pero su construcción y su selección se ha llevado a cabo de una forma casuística, con criterios de oportunidad política o estratégica, sin pretensión de poder reconducirlas a un principio general. Con la afirmación por la doctrina y por la jurisprudencia de que se trata de razonables y legítimas decisiones de política criminal del legislador, se ha dejado en penumbra la posibilidad de constatar que hay un común denominador en el sustrato de todas estas figuras, que sería la implícita asunción de que es valioso para el interés general promover la neutralización o la reparación del daño.

Desde parámetros de una justicia restaurativa, sería dar un paso más adelante, poder, además, fundar carácter valioso en un entendimiento del derecho penal en clave de instrumento de pacificación jurídica; cuyo sentido en una sociedad democrática avanzada, compleja, debe admitir la participación del ciudadano que ha delinquido en la recomposición de la paz alterada.

En cuanto a las atenuantes genéricas, su configuración en el art. 21, n. 4 y 5 CP, es tributaria de una reforma que eliminó la referencia al “arrepentimiento” y, con ello, favoreció un entendimiento de las mismas en clave “objetiva”, excluyendo la exigencia de un esfuerzo reparador o “valor de acción” del comportamiento. Carencia ya señalada por la doctrina en los últimos años, y que también aflora en algunas resoluciones jurisprudenciales. Del examen de la jurisprudencia reciente, se comprueba la tensión entre el tenor legal del alcance de las atenuantes y las formas de entender cuál es el fundamento de la atenuación.

La ampliación de los contornos de la confesión y de la reparación, a través de la aplicación jurisprudencial de la atenuante por analogía, da cobertura a supuestos de conductas que constituyen expresión de un manifestado esfuerzo y determinación para cooperar en la reparación del daño o en la contribución a la restitución de la convivencia pacífica. Así, en casos de reparación en delitos sin víctima; en admisión de la reparación simbólica; o cuando el “pago” reparador tiene lugar fuera del plazo previsto, resulta igualmente significativo. Por ejemplo, en cuanto a la confesión, se utiliza como referente para estimar la atenuante

por analogía en conductas de colaboración con la justicia en la investigación de los hechos, que no cumplen los requisitos temporales de la atenuante del art. 21.4 de CP.

En conductas de colaboración con la justicia que implican la asunción de la responsabilidad y la disposición a evitar que puedan producirse otros delitos, resulta paradójico que se haya previsto una atenuante para los delitos cometidos por personas jurídicas, y no se cuente con una previsión general igual para las personas físicas. La constricción de una rebaja de la pena a determinados supuestos de delincuencia organizada no puede satisfacer el criterio de coherencia que debe respetar el sistema penal. Debería explicarse por qué, en un caso puede considerarse suficiente una pena rebajada, es decir asumir que no es necesario mantener el nivel de punición básico, y en otros de las mismas características, se elude una previsión consecuente.

En la aplicación de las atenuantes genéricas, se constata una tendencia a explicitar el fundamento de la estimación apelando a criterios de justicia restaurativa y de menor necesidad de pena por la contribución a la restauración del orden jurídico. Lo cual, parece mostrar, que el discurso sobre la justicia restaurativa despliega alguna influencia en los operadores jurídicos, lo que también puede deberse a la mayor información sobre los programas pilotos de mediación víctima-autor que van desarrollándose en varias comunidades autónomas.

Parece, por lo tanto, la necesidad repensar el fundamento de todas estas figuras, y de valorar, si todas ellas participan de un sustrato común que pueda identificarse como criterio desde el cual se propongan las correspondientes reformas en materia de conductas positivas postdelictivas. La identificación de un criterio plausible, coherente, asentado en una concepción del derecho penal acorde con los discursos de nuestro tiempo sobre las exigencias del respeto a la dignidad humana. Respeto, que demanda no impedir la iniciativa de colaboración positiva de quien delinque; y que sigue demandado el respeto a las garantías procesales y de defensa como regla general. Lo cual, no obsta, a que, junto a esa regla general, discurra en paralelo, una opción de colaboración,

a la que pueda acogerse quien prefiera, siempre que lo haga de forma verosímil, y sin que dejen de estar disponibles las garantías de la tutela judicial. En la misma línea del modelo que propugna ROXIN bajo la denominación de justicia reparadora, en cuanto compatible con la justicia ordinaria.

CONCLUSIONES

1. La justicia restaurativa es un concepto teórico en permanente construcción, pero con una base teórica y legal cada vez más sólida. Desde las primeras experiencias a mediados de los 70 hasta la actualidad, su aplicación ha ido extendiéndose paulatinamente por todo el mundo y su filosofía comienza a inspirar, de forma aún tímida, los ordenamientos penales europeos.
2. A nivel internacional, se han analizado sucintamente los instrumentos normativos más relevantes sobre justicia restaurativa ya que estos han sido de utilidad para estimular la progresiva adaptación de la justicia restaurativa en distintos países, así como para fomentar cierto grado de uniformidad. Si bien los primeros textos se centraban en la protección a las víctimas y de manera indirecta se regulaba la necesidad de establecer mecanismos de resolución alternativa de conflictos, como la mediación, se aprecia que ha habido una evolución hacia la justicia restaurativa en la que, aunque la protección de los intereses de las víctimas continúa siendo una prioridad, no será su única finalidad.
3. Tras el análisis de los diferentes modelos teóricos de justicia restaurativa, se observa que, aunque con distinto nombre, según las tradiciones jurídicas en las que se inserte, un mismo concepto de la dignidad de la persona parece inspirar el "paradigma" de la justicia restaurativa. Se trata de un enfoque normalizador en el que tanto víctima como infractor son caracterizados como personas normales y razonablemente responsables. Por lo tanto, se puede afirmar, que la justicia restaurativa se acomoda mejor a los parámetros de una sociedad democrática que se asienta en la igual dignidad humana y en

la participación responsable de cada persona en la convivencia general. No se puede desconocer que el subsistema de la justicia penal es un elemento estructural del sistema político que está soportado y se apoya en la asunción del reconocimiento mutuo, intersubjetivo, de la dignidad de la persona.

Puede detectarse una correlación entre la idea “restaurativa” según el concepto jurídico sociológico más propio de la cultura anglosajona, y las construcciones sobre el sentido de la respuesta penal el marco de la finalidad de prevención general positiva. Una prevención general entendida como comunicación e interacción, que permite entender el esfuerzo reparador como una asunción de la propia responsabilidad que tiene efecto pacificador y que disminuye la necesidad de la respuesta punitiva. Desde esta aproximación pueden señalarse las coincidencias sobre un criterio general que permita orientar las decisiones legislativas y las aplicaciones de la ley hacia el reconocimiento de la relevancia de las prácticas restaurativas en los distintos niveles de la intervención penal.

4. Bélgica, cuenta con una larga experiencia de prácticas restaurativas, han pasado 20 años desde las primeras prácticas. Dispone de programas menores, adultos y prisiones, y en cierta medida, se trata de un país próximo ya que se ubica dentro del sistema jurídico continental y cuenta con una estructura administrativa compleja. Además, resulta especialmente interesante ya que ha ido cumpliendo de manera progresiva con los estándares establecidos por la normativa internacional.

A pesar de enmarcarse en un modelo jurídico continental, el espacio que brinda al principio de oportunidad, así como la flexibilidad de su reglamentación, particularmente en los aspectos penológicos, ofrece mayores oportunidades a la implementación de la justicia restaurativa, incluso cuando no contaba con una regulación detallada.

La regulación belga ha ido siempre precedida de exitosas experiencias llevadas a cabo por organizaciones sin ánimo de lucro o por proyectos piloto liderados por la universidad. Esas experiencias, respaldaron la posterior

reglamentación de las prácticas restaurativas. La institucionalización de los proyectos restaurativos fue esencial para su consolidación y su extensión a todos los partidos judiciales. Sin embargo, uno de los principales temores es que una excesiva formalización y un estricto cumplimiento de la normativa internacional inhiban la creación de nuevas experiencias y limite la flexibilidad y dinamismo que exigen las prácticas restaurativas.

Cabe destacar, el rol de la universidad en el desarrollo de la justicia restaurativa. En especial la Universidad Católica de Lovaina cuenta con una importante línea de investigación en ese campo, ha liderado proyectos piloto y proyectos de evaluación, tiene una intensa participación en foros internacionales e incluso podríamos decir que realiza acciones de incidencia política. Todavía hoy por, hoy el número de casos derivados a mediación en justicia penal de adultos sigue sin ser significativo y depende en gran medida de la voluntad de los responsables locales. Así mismo, el impulso político ofrecido ha sido muy discontinuo. Los cambios legislativos han venido precedidos en la mayoría de los casos de crímenes con gran repercusión mediática. Esta inestabilidad ha traído consigo inseguridad en la financiación y dificultad para establecer mecanismos de evaluación y control a largo plazo.

Considero de gran interés seguir de cerca la evolución de los avances en la justicia restaurativa belga ya que su interesante recorrido tiene todavía un amplio margen de mejora y cuenta con incipientes experiencias tanto prácticas como académicas en esa línea.

- 5.** En cuanto al ordenamiento jurídico español, podemos reconocer en el ámbito de la justicia penal menores una regulación explícita de la mediación en tres momentos del proceso penal: en la fase diligencias preliminares, en la fase de instrucción y en la fase ejecución. Como ocurre en otros lares, el sistema penal de menores es el marco en el que primero se han regulado esta y otras instituciones que requieren la participación activa de las partes. La plena asunción del principio de oportunidad y del principio de flexibilidad en la ejecución han sido el sustento que ha permitido incorporar las herramientas de justicia restaurativa al proceso penal de menores.

6. Siguiendo en el ámbito español, pero en el caso de los adultos, sólo muy recientemente, nos encontramos, fuera del marco del código penal y de la ley procesal penal. Estatuto de la Víctima del Delito constituido por la Ley 4/2015 de 27 de abril y recién entrado en vigor seis meses después, consagra explícita mención a la justicia restaurativa, expresivamente al proclamar el acceso a los “Servicios de justicia restaurativa” como uno de los derechos de las víctimas vinculado al derecho a la participación en el proceso. Sin embargo, a pesar de que se establece un procedimiento de mediación, nada se explicita en cuanto a la posible influencia de un acuerdo restaurativo en el proceso penal.

También de forma muy reciente, por medio de la LO 1/2015, el CP ha sido reformado y entre las importantes modificaciones introducidas, se contemplan consecuencias directas y explícitas a la mediación penal en el marco a la sustitución de la pena. De forma singular, la reforma de la Suspensión condicional de la pena en la nueva redacción dada a art. 84.1, ofrece un apoyo normativo explícito a los acuerdos obtenidos a través de la mediación. Asimismo, en la nueva regulación de la Libertad Condicional se introduce un requisito para el adelanto cualificado de la libertad en el art. 90.2, al hacerlo condicionar expresamente a la participación en “programas de reparación a las víctimas o programas de tratamiento o de desintoxicación”. Se trata de otra norma explícita que acoge principios restaurativos, ahora en fase de ejecución de la pena.

Con anterioridad a las reformas mencionadas, el CP y la LECrim ya disponían, y disponen, de otras figuras jurídicas que permiten dotar de eficacia jurídica a las prácticas de justicia restaurativa de las que se ha venido haciendo uso para dar efecto a los acuerdos restaurativos alcanzados en las experiencias de mediación que se vienen realizando. A pesar de que no se configuraron bajo premisas restaurativas, en algunos casos, como lo son los trabajos en beneficio de la comunidad, nos demuestran que son de gran utilidad. Se puede aseverar, por lo tanto, que se trata de previsiones implícitas de la justicia restaurativa.

Visto el desarrollo, se constata que se está produciendo una evolución hacia elementos detectables de la justicia restaurativa que van a necesitar ser desarrollados conceptualmente para construir las bases de un sistema que forme parte del derecho contemporáneo, un modelo de justicia penal más coherente con un sistema democrático donde el "ciudadano" pueda colaborar con la paz jurídica que él mismo ha alterado.

7. Los Anteproyectos de una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011 y de 2012, optan claramente por introducir el principio de oportunidad, y por reforzar y promover la justicia penal negociada: el principio de oportunidad, confiando al MF las decisiones de sobreseimiento; y la justicia negociada, favoreciendo y ampliando las posibilidades de acuerdos de conformidad. Asimismo, se incorporaba la mediación, aunque poco se dijera de sus efectos, en el ALECrím 2011, y con un tratamiento muy esquemático en el ALECrím 2012. En ambos se contemplaba un supuesto, bien que limitado a casos específicos, que sí puede decirse que eran acordes con los criterios restaurativos: los supuestos de suspensión condicional del proceso penal, suspensión condicionada a someterse a obligaciones determinadas de reparar a la víctima, darle satisfacción moral adecuada, colaborar económicamente o de otra forma con instituciones públicas u otras homologadas de carácter social, entre otras. El cumplimiento de las obligaciones asumidas conduciría al sobreseimiento definitivo del procedimiento penal, quedando libre la persona imputada de una condena penal.

Las novedades referidas se inspiran en motivos pragmáticos de simplificación del procedimiento penal, de mayor agilidad y de economía procesal con el consiguiente ahorro de gasto. Lo cual no obsta que, en este nuevo marco procesal, donde se favorecen las oportunidades de acuerdo entre las partes, el sentido de la "restauración" de la paz jurídica pueda tener entrada a través de iniciativas de promoción de la mediación y de la colaboración positiva del autor.

Ciertamente, la experiencia actual sobre el instituto de la conformidad, ordinaria o premiada, sobre todo ésta última, revela que su práctica nada

tiene que ver con una orientación restaurativa. Como se señala desde algunos estudios, más bien desincentiva la decisión de participar en programas de mediación y de encuentros víctima autor, ya que resulta más fácil y en general más rentable, en rebaja de pena y en esfuerzos a realizar, la conformidad prevista en la ley.

Puede decirse, que estas propuestas de reforma no se inspiran en principios de justicia restaurativa, y tampoco parece que puedan favorecerla en tanto la regulación de la conformidad y del principio de oportunidad mantengan la precaria regulación que se diseña en los Anteproyectos. Las previsiones procesales proyectadas resultan por lo tanto equívocas, aunque no incompatibles con los principios "restaurativos". En tanto no incompatibles, no puede negarse que un eventual desarrollo explícito de los criterios de justicia restaurativa, en las normas procesales y penales y en la recreación doctrinal y jurisprudencial, acaben teniendo una incidencia que por el momento se vislumbra escasa.

- 8.** Por último, en el capítulo dedicado a las atenuantes postdelictivas, las previsiones analizadas parecen indicar que en el ordenamiento penal español se contempla un amplio reconocimiento al valor de las conductas dirigidas a reparar, disminuir o paliar el daño previamente causado. Sin embargo, dado que no hay un tratamiento común de todas las figuras parece necesario repensar el fundamento de todas ellas; y valorar si todas participan de un sustrato común que pueda identificarse como criterio desde el cual se propongan las correspondientes reformas en materia de conductas positivas postdelictivas. La identificación de un criterio plausible, coherente, asentado en una concepción del derecho penal acorde con los discursos de nuestro tiempo sobre las exigencias del respeto a la dignidad humana. En definitiva, repensar atenuantes postdelictivas y otros actos positivos postdelictivos desde parámetros de justicia restaurativa.
- 9.** Como conclusión final puede decirse que los principios que informan la justicia restaurativa se han abierto paso paulatinamente en Declaraciones y documentos internacionales y en normativas europeas que resultan vinculantes

a los estados miembros de la Unión. El desarrollo doctrinal que va tomando cuerpo desde los años 80 del pasado siglo, encuentra acogida progresiva en los operadores jurídicos. Aunque esta acogida es todavía limitada, el avance de la construcción teórica suministra criterios que facilitan una reinterpretación o un nuevo entendimiento de algunas figuras que, de forma equívoca o a veces residual, se apoyan en la idea de la reparación del daño, moral o material, o en la idea de la reconciliación del infractor con la sociedad.

El propio código español ofrece una pléyade considerable de figuras que contemplan comportamientos positivos postdelictivos desde diversos ángulos. Sea como condición para acceder a la suspensión de la pena, sea como requisito de atenuantes genéricas del art. 21 CP, sea como atenuantes cualificadas o como causas de levantamiento de pena establecidas para determinada clase de delitos. No obstante, la interpretación de su fundamento es dispar. Bascula entre el pragmatismo, por un lado, de considerar que la mera utilidad para la justicia (confesión, colaboración) o para la víctima (el pago de la indemnización civil) ya es causa suficiente para justificar una rebaja de la pena, y la exigencia, por otro lado, de un esfuerzo expresivo de la seriedad de la conducta positiva para asumir la propia responsabilidad.

La diferencia de tratamiento que la propia ley concede sin que quede claro por qué, con efecto en ocasiones tan sustancial en la pena, no podría sostenerse sin una severa crítica si se partiera de un mismo fundamento común. O más precisamente, si se partiera de reconocer que la participación activa y significativa del infractor conforma un criterio o un principio general que debe orientar el sistema penal en la ponderación de la respuesta penal. Y conforme a este criterio no todo acto que objetivamente resulte útil o económicamente rentable puede considerarse relevante para que se le conceda una atenuación de la pena.

El incremento de referencias explícitas a la mediación penal, intrajudicial o durante la ejecución de la pena, que sí resultan novedades en el marco general de la tradición de otras figuras premiales, o de las propias atenuantes genéricas, indica que es necesario resituar el conjunto de previsiones de

conductas positivas. Únicamente desde una nueva perspectiva común se podrá ofrecer una sistematización coherente y creíble del valor de la aportación postdelictiva de quien se toma en serio la asunción de su responsabilidad por el delito. Y en esta sistematización, jugará un papel importante el reconocimiento de un principio orientador, transversal, que remite a la idea de una justicia restaurativa.

ABREVIATURAS

- ALECrIm 2012** Propuesta de texto articulado de Ley de Enjuiciamiento Criminal, elaborada por la Comisión Institucional creada por Acuerdo de Consejo de Ministros de 2 de marzo de 2012
- aptdo.** Apartado
- art./arts.** Artículo/Artículos
- CE** Constitución Española
- CP** Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal
- coord./coord.** Coordinador/Coordinadores
- D** Decreto
- dir./dirs** Director/Directores
- ed.** Edición
- EVD** Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito
- FGE** Circular de la Fiscalía General del Estado
- JUR** Documento de jurisprudencia
- LECrIm** Real decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal
- LO** Ley Órgánica
- LOGP** Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria

- LORPM** Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de Responsabilidad del Menor
- M.B.** Moniteur Belge
- MF** Ministerio Fiscal
- núm.** Número
- RDL** Real Decreto Ley
- RJ** Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi
- RLORPM** Real Decreto 1774, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores.
- RP** Reglamento Penitenciario 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el reglamento penitenciario
- SAP** Sentencia Audiencia Provincial
- SGIP** Secretaría General de Instituciones Penitenciarias
- STS** Sentencia del Tribunal Supremo
- p./pp.** Página/Páginas
- ss.** Siguiete

BIBLIOGRAFÍA³⁶²

- AERTSEN, Ivo, "Victim-offender **mediation in Belgium**", en The European Forum for Victim-Offender Mediation and Restorative Justice (ed.), *Victim-Offender Mediation in Europe. Making Restorative Justice Work*, Leuven University Press, Leuven, 2000, pp. 153-192.
- AERTSEN, Ivo/MACKAY, Robert/PELIKAN, Christa/WILLEMSSENS, Jolien, *Rebuilding **Community Connections**, Mediation and Restorative Justice in Europe*, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2004.
- AGUILERA MORALES, Marien, "Análisis crítico de la regulación normativa de la mediación en la **justicia penal de menores** a la luz de su aplicación práctica", en GARCIANDÍA GONZALEZ/SOLETO MUÑOZ (dir.) OUBIÑA BARBOLLA (coord.), *Sobre la Mediación Penal (Posibilidades y Límites en un Entorno de Reforma del Proceso Penal Español*, Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pp.643- 664.
- "La **conformidad** en la propuesta de Código Procesal Penal", en MORENO CATENA (dir.)/RUIZ LÓPEZ/LÓPEZ JIMENEZ (coord.), *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal "Jornadas sobre el borrador del nuevo Código Procesal Penal". 25 y 26 de abril de 2013*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 849- 870.
- ALASTUEY DOBON, M. Carmen, *La **reparación** a la víctima en el marco de las sanciones penales*, Tirant lo Blanch, Valencia 2000.
- ALCACER GUIRAO, Rafael, "**La reparación** en Derecho Penal y la atenuante del artículo 23. 5º CP. Reparación y desistimiento como actos de revocación", en *Revista del CGPJ*, nº 63, 2001, pp. 71-119.
- "**La mediación penal** y la atenuante de reparación. Similitudes y criterios de aplicación", en MARTINEZ ESCAMILLA/SÁNCHEZ ÁLVAREZ (coord.), *Justicia Restaurativa, Mediación Penal y Penitenciaria: un renovado impulso*, Reus, Madrid, 2011, pp. 109-126.

362 Las obras se citan por el autor y la palabra o palabras clave realizadas en negrita.

- ALONSO ALAMO, Mercedes **El sistema** de las circunstancias del delito, Universidad de Valladolid, 1982.
- ALONSO FERNÁNDEZ, José Antonio, **Las atenuantes** de confesión de la infracción y reparación o disminución del daño. Interpretación jurisprudencial y doctrinal de las circunstancias del artículo 21.4 y 21.5 del Código Penal, Bosch, Barcelona, 1999.
- ALONSO RIMO, Alberto, "La víctima en el sistema de justicia penal II", en BACA BALDOMERO/ ECHEBURÚA ODRIOZOLA/TAMARIT SUMALLA *Manual de Victimología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 345- 406.
- ALONSO SALGADO, Cristina, "Más allá de la mediación. La justicia restaurativa en la propuesta de nuevo Código Procesal Penal", en MORENO CATENA (dir.)/RUIZ LÓPEZ/ LÓPEZ JIMENEZ (coord.), *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal "Jornadas sobre el borrador del nuevo Código Procesal Penal". 25 y 26 de abril de 2013*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 789-802.
- ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier, "Sobre algunos aspectos de la atenuante de **reparación** a la víctima (art. 21. 5ª Código Penal)", en *CPC*, nº 61, 1997, pp. 241-277.
- ASUA BATARRITA, Adela, "Reivindicación o superación del programa de Beccaria", en *Estudios Deusto* 1990, pp. 543-570.
- "Política criminal y prisión. Discursos de justificación y tendencias actuales", en *Revista de Ciencias Penales*, vol. 1, nº 2, 1998, pp. 273-294.
- "Atenuantes postdelictivas: necesidad de reformulación desde una racionalidad jurídico-penal y consecuencias en la individualización de la pena", en GARRO CARRERA/ASUA BATARRITA, *Atenuantes de reparación y de confesión*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 145- 191.
- "Lesión del derecho a un juicio **sin dilaciones indebidas** y proceso penal: disfunciones de la atenuación de la pena como compensación sustitutiva", en *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 87-88, 2010, pp. 157-197.
- AYALA GARCÍA, Juan M./ECHANO BASALDUA, Juan Ignacio, "Sobre la suspensión y la **sustitución** de las penas privativas de libertad tras la LO 1/2015 (arts. 80-87 CP)", en *Workshop: Instituto de Sociología Jurídica de Oñati (Gipuzkoa). Reforma del CP a debate: las nuevas penas, medidas y su ejecución*, 18/19 junio 2015.
- BAESELEN, Xavier/DE FRAENE, Dominique, "Vers une réforme fondamentale de la loi de 1965 relative à la **protection de la jeunesse**", en *Courrier hebdomadaire CRISP*, nº 1676-1677/2000.
- BARONA VILAR, Silvia, **La Mediación penal para adultos**, Tirant lo Blanch, Valencia 2009.
- *Mediación penal. Fundamento, fines y régimen jurídico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

- BAZEMORE, Gordon/SCHIFF, Mara, **Restorative Community Justice** repairing harm and transforming communities, Anderson Publishing, Cincinnati, 2001.
- BAZEMORE, Gordon/WALGRAVE, Lode, "Restorative Justice: **In Search of Fundamentals** and an Outline for Systematic Reform", en BAZEMORE/WALGRAVE (ed.), *Restorative Juvenile Justice: Repairing the Harm of Youth Crime*, Criminal Justice Press, 1999, pp. 45-74.
- BECCARIA, Cesaare, (1764). **De los delitos y las penas**, Alianza editorial, Madrid, 1998.
- BIANCHI, Herman, "**Abolition**: assensus and sanctuary", en BIANCHI/VAN SWAANINGEN, *Abolitionism towards a non-repressive approach to crime: proceedings of the Second International Conference on Prison Abolition Amsterdam 1985*, Free University Press, Amsterdam, 1986, pp. 113-126.
- "Propuestas de abolición del sistema penal. El modelo de asenso y los procedimientos de arreglo de disputas'", trad. Asua Batarrita, A. **Estudios Deusto** 1986, pp. 203-228.
- **Abolitionism: Towards a Non-repressive Approach to Crime; Proceedings of the Second International Conference on Prison Abolition Amsterdam 1985**, Free University Press, Amsterdam, 1986.
- BIERMANS, Nadia/D'HOOP, Marie-Nathalie, "**Development of Belgian prisons** into a restorative perspective" en *Restorative Justice and its Relation to the Criminal Justice System, Papers from the second conference of the European Forum for Victim-Offender Mediation and Restorative Justice*, Osteende, 10-12 October 2002.
- BLAY GIL, Esther, *La pena de **trabajos al servicio de la comunidad***, Universidad de Pompeu Fabra, Barcelona 2006.
- **Trabajo en beneficio de la comunidad: regulación y aplicación práctica**, Atelier, Barcelona, 2007.
- BOSLY, Henri-D./VANDERMEERSCH, Damien/BEERNAERT, Marie-Aude, *Droit de la **Procédure Penale***, 5 ed., La Chartre, Brugge, 2008.
- BRANDARIZ GARCIA, Jose Angel, *El **trabajo en beneficio de la comunidad** como sanción penal*, Tirant lo Blanch, Valencia 2002.
- "La pena de trabajos en beneficio de la comunidad", en FARALDO CABANA/PUENTE ALBA *Las penas privativas de derechos y otras alternativas a la privación de libertad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 345-372.
- BRAITHWAITE, John, *Crime, shame and **reintegration***, Cambridge University Press, New York, 1989.
- "**Shame** and Criminal Justice", en *Canadian Journal of Criminology*, Jul 2000 p.-281-298.
- BRAITHWAITE, John/STRANG, Heather (ed.), **Restorative Justice** Philosophy to practice, Ashgate Publishing, Vermont, 2000.

- BRUNK, Conrad G, "Restorative Justice and the **Philosophical Theories of Criminal Punishment**", en HADLEY (ed.), *The Spiritual roots of Restorative Justice*, State University of New York Press, New York, 2001, pp. 31-56.
- BURGOS FERNÁNDEZ, Felipe, "Cómo se realiza el **programa de mediación** en los centros penitenciarios españoles", en OROZCO PARDO/MONEREO PÉREZ (dir.) GONZÁLEZ DE PATTO/LOZANO MARTÍN, *Tratado de mediación para la resolución de conflictos*, Tecnos, Madrid, 2015, pp. 460- 466.
- CABEZUDO RODRÍGUEZ, Nicolás, "**Hegemonía del Ministerio Fiscal**, principio de oportunidad y Justicia negociada. Las claves del nuevo modelo procesal español", en MORENO CATENA (dir.)/RUIZ LÓPEZ/LÓPEZ JIMENEZ (coord.), *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal "Jornadas sobre el borrador del nuevo Código Procesal Penal". 25 y 26 de abril de 2013*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 829- 847.
- CAMPO MORENO, Juan Carlos, "**Arrepentimiento**: alcance penal en el iter criminis y en la responsabilidad criminal", en *CDJ*, nº VII, 1995, pp. 283-335.
- CALDERÓN SUSIN, Eduardo, **Arrepentimiento espontáneo**. *Estudio del artículo 9-9ª del Código Penal*, Edersa, Madrid, 1990.
- CANO SOLER, Mª Ángeles, **La mediación penal**, Aranzadi, Cizur Menor, 2015.
- CARDENAL MONTRAVETA, Sergi, "**De las formas sustitutivas** de la ejecución de las penas privativas de libertad y de la libertad condicional", en CORCOY BIDASOLO/MIR PUIG, *Comentarios al Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 310-364.
- CARTUYVELS, Yves et al., *L’Affaire Dutroux. La Belgique malade de son système*, Complexe, Bruxelles, 1997.
- CASADO CORONAS, Clara, *Restorative justice: an agenda for Europe. Supporting the implementation of restorative justice in the south of Europe*, European Forum for Restorative Justice, Leuven, 2008.
- CASTILLEJO MANZANARES, Raquel, "**El procedimiento de Mediación** en el marco del proceso penal", en MORENO CATENA (dir.)/RUIZ LÓPEZ/LÓPEZ JIMÉNEZ (coord.), *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal "Jornadas sobre el borrador del nuevo Código Procesal Penal" 25 y 26 de abril de 2013*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 715-749.
- CHOZAS ALONSO, José Manuel, "**La conformidad** penal española y el patteggiamento italiano. Breve estudio de derecho comparado", *La Ley Penal*, nº 104, septiembre-octubre 2013.
- CHRISTIE, Nils, "**Conflicts as property**", en *British Journal of Criminology* nº 17:1 (Jan 1977), pp. 1-15 recopilado, en JOHNSTONE (ed.), *A Restorative Justice Reader: Texts, sources, context*, Willan Publishing 2003, Devon, pp. 57-68.
- CID MOLINÉ, José, LARRAURI PIJOAN, Elena (coords.), **Penas alternativas a la prisión**, Bosch, Barcelona, 1997.

- COELLO PULIDO, Ángela, "Mediación en causas penales. A propósito del borrador de Código Procesal Penal", en MORENO CATENA (Dir.) /RUIZ LÓPEZ/LÓPEZ JIMENEZ (coord.), *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal "Jornadas sobre el borrador del nuevo Código Procesal Penal". 25 y 26 de abril de 2013*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 775- 788.
- COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio, "**La mediación penal** con menores infractores", en PILLADO GONZALEZ (coord.), *Mediación con menores infractores en España y los países de su entorno*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 89-128.
- CONSEJO DE EUROPA, **Recomendación (85) 11**, "On the position of the victim in the framework of Criminal Law and procedure" del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 28 de junio de 1985.
- **Recomendación (87) 20**, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 17 de septiembre de 1987.
- **Recomendación (87) 21**, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 17 de septiembre de 1987.
- **Recomendación (99)**, 19 del Comité del Consejo de Ministros, de 15 de septiembre de 1999.
- CONSEJO DE LA UNION EUROPEA, **Decisión Marco** del Consejo de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal (2001/220/AI).
- CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, **Informe al Anteproyecto** de Ley Orgánica del Estatuto de las Víctimas del delito, 2014.
- CORNWELL, David J./BLAD, John/WRIGHT, Martin, *Civilising Criminal Justice. An International Agenda for Penal Reform*, Waterside Press, Hampshire, 2013.
- CRUZ MÁRQUEZ, Beatriz, "**La mediación** en la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores: conciliación y reparación del daño", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2005, nº 07-014, pp. 14:1-14:34.
- CUCARELLA GALIANA, Luis Andrés, "La justicia restaurativa y **menores infractores** en la ley penal", en GARCIAÑDÍA GONZALEZ/SOLETO MUÑOZ (dir.) OUBIÑA BARBOLLA (Coord.), *Sobre Mediación Penal (Posibilidades y Límites en un Entorno de Reforma del Proceso Penal Español*, Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pp. 547- 570.
- CUERDA ARNAU, M. Luisa, *Atenuación y remisión del apena en delitos de terrorismo*, Tirant lo Blanch, Valencia 1995.
- DALY, Kathleen, "**Revisiting** the Relationship between Retributive and Restorative Justice", en BRAITHWAITE/STRAND (ed.), *Restorative Justice Philosophy to practice*, Ashgate Publishing, Vermont, 2000, pp. 33-54.
- DE FRAENE, Dominique/CHRISTIAENS, Jenneke/NAGELS, Carla, "**Le traitement** des mineurs

- délinquants. Justice restauratrice et centre d'Evenberg", en *Courrier hebdomadaire, CRISP*, n° 1897-1898/2005.
- DE FRAENE, Dominique/ MARY, Phillippe, **Sanctions et mesures dans la communauté. Etat critique de la question en Belgique**, Fondation Roi Badouin, Bruxelles, 1998.
- DE FRAENE, Dominique/VANDENBROUCKE, Elodie, "Le développement des mesures restauratrices dans la **protection de la jeunesse**. Comparaison des politiques publiques communautaires belges", en *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, noviembre 2005 (Tiré à part).
- DE LA CRUZ MÁRQUEZ, Miguel, "**El conflicto en prisión** y la necesidad de su resolución pacífica", en OROZCO PARDO/MONEREO PÉREZ (dir.), *Tratado de mediación en la resolución de conflictos*, Tecnos, Madrid, 2015, pp. 454-459.
- DEMANET, Georges, "**La mediación pénale**", *Revue de droit pénal et de criminologie*, 1995, pp. 887-923.
- DEMET, Sabine/JACQMAIN, Catherine/PARELLO, Evelyne, **Le développement d'un concept de justice restaurative dans le cadre carcéral. Recherche-action au sein des établissements pénitentiaires d'Andenne, Tournai et Jamioulx**, Université de Liège-Service de Criminologie, Liège, 2000.
- DEMNS, Tom/ ROBERT, Luc, "Victims, knowledge(s) and Prisons. Victims entering the **Belgian Prison System**", en *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 14(3) ,2006, pp. 256-270.
- DE VICENTE REMESAL, **El comportamiento postdelictivo**, Universidad de León, León, 1985.
- DIGNAN, James, **Understanding victims and restorative justice**, Open University Press, Glasgow, 2005.
- DUFF, Anthony, "**Restoration and Retribution**", en VON HIRSCH/ ROBERTS/BOTTOMS (ed.), *Restorative Justice and Criminal Justice, Competing or Reconcilable Paradigms?*, Hart Publishing, Oxford, 2003, pp. 43- 59.
- ECHANO BASALDUA, Juan Ignacio, "**Crítica de la suspensión condicional** de la pena a la luz del Código Penal alemán", en *Cuadernos de Política Criminal*, n° 25, 1985, pp. 139-182.
- "**Mediación penal** entre adultos ámbito de aplicación en atención a la clase de infracción", en *Justicia restaurativa, una justicia para el siglo XXI: potencialidades y retos*, Cuadernos Penales Jose María Lidón, Universidad de Deusto, Bilbao, pp. 157-204.
- EGLASH, Albert, "**Beyond Restitution: Creative Restitution**", en HUDSON/GALAWAY (ed.), *Restitution in Criminal Justice: a critical assessment of sanctions*, Lexington Books, Lexington, 1997, pp. 91-92.
- ELIAS, Norbert, **El proceso de la civilización. Investigaciones sociogenéticas y psicogenéticas**, Fondo Cultura Económica, Ciudad de México, 2011.

- ERIKSSON, Anna, **Justice in transition**. *Community restorative justice in Northern Ireland*, Willan Publishing, Devon, 2009.
- ETXEBERRIA GURIDI, José Francisco, "La mediación penal en las proyectadas reformas integrales del proceso penal español", en *Revista Vasca de Adimistración Pública*, nº especial 99-100, 2014, pp. 1265-1287.
- ETZIONI, Amitai, *The essential Communitarian Reader*, Rowman and littlefield publishers, Maryland, 1988.
- FARALDO CABANA, Patricia, *Las causas de levantamiento de la pena*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- FEIJOO SANCHEZ, Bernardo, **La legitimidad de la pena estatal**. *Un breve recorrido por las teorías de la pena*, lustel, Madrid, 2014.
- FERNÁNDEZ FUSTES, M^a Dolores, "La conformidad en el borrador del Código Penal", en MORENO CATENA (dir.) /RUIZ LÓPEZ/LÓPEZ JIMENEZ (coord.), *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal "Jornadas sobre el borrador del nuevo Código Procesal Penal". 25 y 26 de abril de 2013*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 871- 889.
- FERREIRÓS MARCOS, Carlos-Eloy/SIRVENT BOTELLA, Ana/SIMONS VALLEJO, Rafael y AMANTE GARCÍA, Cristina, *La mediación en el derecho penal de menores*, Dykinson, Madrid, 2011.
- FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, **Circular 1/2000**, de 18 de diciembre de 2000, relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, por la que se regula la responsabilidad penal de los menores.
- **Circular 1/2007**, de 27 de noviembre de 2007, sobre criterios interpretativos tras la reforma de la legislación penal de menores de 2006.
- **Circular 1/2015**, de 21 de junio de 2015, sobre pautas para el ejercicio de la acción penalen relación con los delitos leves tras la reforma operada por la LO 1/2015.
- GALAWAY, Burt/ HUDSON, Joe, **Restorative Justice: International perspectives**, Criminal Justice Press, Monsey, 1996.
- GARCÍA ALBERO, Ramón, "La suspensión de la ejecución de las penas", en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 143- 172.
- GARCÍA ESPAÑA, Elisa/DIEZ RIPOLLÉS, José Luis/PÉREZ JIMENEZ, Fátima/BENÍTEZ JIMÉNEZ, María José/CEREZO DOMINGUEZ, Ana Isabel, "Evaluación de la delincuencia en España: Análisis longitudinal con encuesta de victimación", en *Revista Española de Investigación Criminológica*, nº 8 (2010), artículo 2.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, **Tratado de Criminología**, 2^a ed, Tirant lo Blach, Valencia, 1999.

- GARCÍA RODRIGUEZ, Manuel José, “**Análisis del nuevo estatuto** de la víctima del delito: retos y oportunidades”, en *Derecho y Proceso Penal*, nº 38/abril junio 2015, pp.23-61.
- GARCIANDÍA GONZALEZ, Pedro María, “**La regulación de la mediación** penal en España: opciones legislativas y contenidos mínimos”, en GARCIANDÍA GONZÁLEZ/SOLETO MUÑOZ (Dir.), OUBIÑA BARBOLLA (coord.), *Sobre la Mediación Penal (Posibilidades y Límites en un Entorno de Reforma del Proceso Penal Español)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pp. 413- 444.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Tratado de Criminología*, 2ª ed, Tirant lo Blach, Valencia, 1999.
- GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, Gemma, *El Proceso Penal de Menores. Funciones del Ministerio Fiscal y del Juez en la instrucción, el periodo intermedio y las medidas cautelares*, Aranzadi, Cizur Menor, 2007.
- GARLAND, David, *The Culture of Control. Crime and Social Order in Contemporary Society*, Oxford University Press, Oxford, 2001.
- GARRO CARRERA, Enara, *Reparación del daño e individualización de la pena. Derecho Comparado y regulación española (art. 21.5 del Código Penal)*, Universidad del País Vasco, Bilbao, 2006.
- “La **atenuante de reparación** del daño”, en GARRO CARRERA/ASUA BATARRIA, *Atenuantes de reparación y de confesión. Equívocos de la orientación utilitaria. (A propósito de un acontrovertida sentencia del Juzgado de lo Penal nº 8 de Sevilla)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 19-77.
- “**Comportamiento postdelictivo** positivo y delincuencia organizada”, en *InDret*, enero 2013, pp. 1-31.
- GOMEZ COLOMER, Juan Luis, *Estatuto Jurídico de la víctima del delito. La posición jurídica de la víctima del delito ante la Justicia Penal. Un análisis basado en el Derecho Comparado y en la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito en España*, 2. ed, Aranzadi, Cizur Menor, 2015.
- GÓMEZ DE LIAÑO DIEGO, Rosa, “**Algunas notas** sobre los mecanismos alternativos a la acción penal en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011”, en GARCIANDÍA/SOLETO (dir.), *Sobre la Mediación Penal (Posibilidades y Límites en un Entorno de Reforma del Proceso Penal Español)*, Aranzadi, 2012, pp. 387- 412.
- GOMEZ MARTIN, Víctor, “**Comentarios** al art. 31 bis -31 quinquies”, en MIR PUIG/CORCOY BIGASOLO (dir.), *Comentarios al Código penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 177-190.
- GONZALEZ CANO, Isabel, “**La mediación** en el Proceso Penal. Perspectiva de futuro de la justicia restaurativa en el borrador de Código Procesal Penal de 2012”, en MORENO CATENA (dir.) /RUIZ LÓPEZ/LÓPEZ JIMENEZ (coord.), *Reflexiones sobre el nuevo*

- proceso penal. "Jornadas sobre el borrador del nuevo Código Procesal Penal. 25 y 26 de abril 2013, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp.687- 714.
- GONZÁLEZ ZORRILLA, Carlos, "Suspensión de la pena y "**probation**"", en CID MOLINÉ/ LARRAURI PIJOAN (Coord.), *Penas alternativas a la prisión*, Bosch, Barcelona, 1997.
- GORDILLO SANTANA, Luis F., *La justicia restaurativa y la mediación penal*, Iustel, Madrid, 2007.
- GOYENA HUERTA, Jaime, "La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad tras la reforma del Código Penal de 2015", en *Derecho y Proceso Penal*, nº 38, abril-junio 2015, pp. 179-200.
- GUTIÉRREZ ROMERO, Francisco Manuel, "Estatuto de la víctima del delito: algunos comentarios a la Ley 4/2015", en *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 7/2015.
- HADLEY, Michael L (ed.), *The Spiritual roots of Restorative Justice*, State University of New York Press, New York, 2001.
- HANOZIN, Catherine/PIERS, Axel/VAN BOVEN, Benedictine/VANEMPTEN, Nathalie/VANNESTE, Charlotte, "La loi du 10 fevrier 1994 organisant une procedure de mediation penale en Belgique, **evaluation de sa mise en application**", en *Revue de Droit pénal et de criminologie*, nº 6/1997, pp. 589-635.
- HERNÁNDEZ GARCÍA, Javier/RAMÍREZ ORTIZ, José Luis, "Las consecuencias procesales de la reforma", en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios a la reforma penal de 2015*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 241-296.
- HODIAUMAONT, Fabienne/MALEMPRÉ, Hannelore/ Malempré/AERTSEN, Ivo/DAENINCK, Philip/ VAN CAMP, Tinneke/VAN WIN, Tina, *Vade-mecum justice reparatrice en prison*, Academia Press, Gent, 2004.
- HULSMAN, Louk/ BERNAT DE CELIS, Jacqueline, *Sistema penal y seguridad ciudadana: hacia una alternativa*, Ariel, Barcelona, 1984.
- IGARTUA LARAUDOGOITIA, Idoia, *Justicia Penal Restaurativa y Justicia Penal Negociada, retórica y práctica. Estudio empírico del programa de mediación intrajudicial penal en Bizkaia*, Tesis doctoral Universidad del País Vasco-Euskal Herriko Unibertsitatea, Bilbao, 2015.
- JOHNSTONE, Gerry, *A Restorative Justice Reader: Texts, sources, context*, Willan Publishing, Devon, 2003.
- LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena, "Prisión perpetua y de muy larga duración tras la LO 1/2015: ¿Derecho a la esperanza?. Con especial consideración del terrorismo y del TEDH", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 17-20, 2015.
- LANDERA LURI, Mertxe, "La salvación "in extremis" del bien jurídico en el delito de incendio forestal sin propagación: (Artículo 354.2 CP)", en *Estudios penales y criminológicos*, nº 28, 2008, pp. 127-204.

- *Las **excusas absolutorias** "sobrevenidas". Análisis y fundamentación material. Las "acciones contrapéticas"*, Tesis doctoral, Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea, Bilbao 2009.
- LANDROVE DÍAZ, Gerardo, **Derecho penal de menores**, Tirant lo Blach, Valencia, 2001.
- LARRAURI PIJAON, Elena "**Abolicionismo** del derecho penal: las postpuestas del movimiento abolicionista", en *Poder y Control*, n. 3, 1987, pp. 95-116.
- "**La Reparación**", en CID MOLINE/LARRAURI PIJAON, *Penas alternativas a la prisión*, Bosch, Barcelona 1997, pp. 169-195
- "**Tendencias actuales** de la justicia reparadora", en PÉREZ ALVAREZ, *Serta in memoriam Alexandri Baratta*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004, pp. 439-464.
- "**Populismo punitivo** y penas alternativas a prisión", en BACIGALUPO/CANCIO (coord.), *Derecho penal y política trasnacional*, Atelier, Barcelona, 2005, pp.283-304.
- "Justicia restauradora y **violencia doméstica**", en ASUA BATARRIA/GARRO CARRERA, *Hechos postdelictivos y Sistema de Individualización de la Pena*, Universidad del País Vasco-Euskal Herriko Unibertsitatea, Bilbao, 2009, pp. 125- 144.
- LEMONNE, Anne, "The development of Restorative Justice the case of penal **mediation in Belgium**", en *Kriminalistisk Arbog*, n° 1999/2000, pp.131-147.
- "**Chronique de criminologie**. A propos de la 5e Conférence internationale sur la justice restauratrice. Accord ou contradiction au sein d'un mouvement en expansion?", en *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, abril 2002 (Tiré a part).
- "Chronique de criminologie. Evolution récente dans le champ de la mediation en matière pénale: **entre idéalisme et pragmatisme**", en *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, n° 87 (2-3) /2007, pp. 156-169.
- LIEBMANN, Marian, **Restorative Justice. How it Work**, Jessica Kingsley Publishers, Philadelphia, 2007.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, **Tratado de Derecho Procesal Penal**, Tomo II, 6ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2014.
- MACKAY, Robert E., "Punishment, guilt and spirit in restorative justice: an essay in **legal and religious anthropology**", en WEITEKAMP/HANS-JÜRGEN KERNER, *Restorative Justice. Theoretical foundations*, Willan Publishing, Devon, 2009.
- MACRAE, Allan /ZEHR, Howard, **The little book of Family Group Conferences: New Zealand style**, Good Books, Intercourse PA, 2004.
- McCOLD, Paul/WATCHEL, Ted, "**Restorative justice** theory and validation", en WEITEKAMP/ KENER (ed.), *Restorative justice and theoretical foundations*, Willan Publishing, Devon, 2002, pp.110-142.

- MAGRO SERVET, Vicente, “**Novedades de la Ley 4/2015**, de 27 de abril, del estatuto de la víctima del delito y especial incidencia en la violencia de género”, en *Diario La Ley*, Nº 8638, Sección Doctrina, 4 de noviembre de 2015, Ref. D-408.
- MANJON-CABEZA OLMEDA, Araceli, *Las excusas absolutorias en Derecho Español*. Tirant lo Blanch, Valencia 2015.
- MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, “**Estatuto de la víctima**. Comentario a su regulación procesal penal”, en *Diario La Ley*, nº 8351, Sección Doctrina, 10 de julio de 2014.
- MANZANEROS JIMENEZ, Diego P, “**La mediación penal** y la Justicia restaurativa en el borrador del Código Procesal Penal. Momentos procesales y efectos deseables en el proceso”, en MORENO CATENA (dir.) /RUIZ LÓPEZ/LÓPEZ JIMENEZ (coord.), *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal. “Jornadas sobre el borrador del nuevo Código Procesal Penal. 25 y 26 de abril 2013*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 811- 827.
- MARSHALL, Tony F, “The Evolution of **restorative justice in Britain**”, en *European Journal on Criminal Policy and Research*, núm4, 1996, pp 21-43.
- **Restorative Justice: An Overview**, Home Office Research Development and Statistics Directorate, London, 1999.
- MARTINEZ DIZ, Fernando, “**Mediación y Justicia penal**. Crítica ante un futuro contexto legal”, en MORENO CATENA (dir.) /RUIZ LÓPEZ/LÓPEZ JIMENEZ (coord.), *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal. “Jornadas sobre el borrador del nuevo Código Procesal Penal. 25 y 26 de abril 2013*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 751- 773.
- MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita, “**Justicia reparadora**, mediación y sistema penal: Diferentes estrategias, ¿los mismos objetivos?, en GARCIA VALDÉS/CUERDA RIEZU/MARTINEZ ESCAMILLA/ALCÁCER GUIRAO/MARISCAL DE GANTE (Coord.), *Estudios penales en Homenaje a Enrique Gombertat, Tomo I*, Edisofer, Madrid, 2008, pp. 465- 497.
- MARY, Philippe, “De la justice de proximité aux **maisons de justice**”, en *Revue de Droit Penal et Criminologie*, nº 3/1998, pp. 293-303.
- MINISTERIO DE INTERIOR, Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, **Informe General 2013**.
- MIR PUIG, Carlos, **Derecho Penitenciario**. *El cumplimiento de la pena privativa de libertad*, 3ªed., Atelier, Barcelona, 2015.
- MIR PUIG, Santiago, Derecho Penal. **Parte General**, 9ª ed., Reppertor, Barcelona, 2011.
- MIR PUIG, Santiago/GÓMEZ MARTÍN, Victor, en CORCOY BIDASOLO/MIR PUIG (dir.), *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5/2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- MONTERO HERNANZ, Tomás, *Legislación penal juvenil comentada y concordada*, La ley, Madrid, 2011.

- MONTÓN REDONDO, Alberto, "Los **procesos** ordinarios y los especiales", en MONTERO AROCA/GOMEZ COLOMER/MONTÓN REDONDO/BARONA VILAR, *Derecho Jurisdiccional III*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009
- MORALES PRATS, Fermín, "De las circunstancias que atenúan la responsabilidad criminal", en QUINTERO OLIVARES (dir.) /MORALES PRATS (Coord.), *Comentarios al Código Penal Español*, 6ª edición, Aranzadi, Pamplona, 2011, pp. 260- 284.
- MORRIS, Allison/MAXWELL, Gabrielle, "**Restorative justice in New Zealand**: Family Group Conferences as a Case Study", en *Wester Criminology Review* 1(1), 1998.
- "**Restorative Conferencing**", en BAZEMORE/SCHIFF (eds.), *Restorative Community Justice repairing harm and transforming communities*, Anderson Publishing Co., Cincinnati, 2001, pp. 173-197.
- MUÑOZ CONDE, Francisco/ GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho penal. Parte General*, 8ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- MUÑOZ CUESTA, Javier/RUÍZ DE ERENCHUN, Eduardo, *Cuestiones prácticas sobre la reforma penal de 2015*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015.
- NACIONES UNIDAS: Declaración sobre los **principios fundamentales** de justicia para las víctimas de delitos y de abuso de poder, Asamblea General, Resolución 40/34, 29 de noviembre de 1985.
- Reglas Mínimas Uniformes de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (**Reglas Beijing**) Resolución 40/33, de 29 de noviembre de 1985
- Reglas mínimas de Naciones Unidas sobre las medidas no punitivas de libertad (**Reglas de Tokio**) Asamblea General 45/110, 14 diciembre 1990.
- **Handbook on justice** for victims. On the use and application of the United Nations Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power, United Nations Office for Drug Control and Crime Prevention, New York, 1999.
- **Principios básicos** para la aplicación de programas de justicia restaurativa en materia penal Resolución 2002/12 del Consejo Económico y social.
- **Handbook on Restorative Justice** Programmes, United Nations Office on Drugs and Crime, Viena, 2006.
- NAGELS, Carla/DE FRAENE, Dominique/CHRISTIAENS, Jenneke, "La réforme de la protection de la jeunesse (2004-2006)", en *Courrier hebdomadaire du CRISP (Centre de Recherche et d'Information Socio-Politiques)*, nº1937-1938/2006.
- NISTAL BURÓN, Javier, "**El nuevo régimen jurídico** de la libertad condicional en la Ley Orgánica 1/2015, de reforma del Código Penal. De la teoría penal a la praxis penitenciaria", en *Revista Aranzadi Doctrinal*, num. 5/2015.

- OLARTE HURTADO, Aiala, **Alternativas a la cárcel**, en *Euskadi: el trabajo en beneficio de la comunidad en Euskadi*, Ararteko, Vitoria-Gasteiz, 2006.
- ORDEÑANA GEZURAGA, Ixusko, **El estatuto jurídico de la víctima en el derecho jurisdiccional penal español. Análisis lege lata y lege ferenda a partir de la normativa europea en la materia**, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 2014.
- ORDÓÑEZ SÁNCHEZ, Belén, “**La mediación** en las oficinas de asistencia a las víctimas de delitos”, *La Ley Penal*, nº 44, Sección Estudios, diciembre de 2007.
- ORTIZ GONZALEZ, Ángel Luis, “La Justicia restaurativa: enfoque desde **el ámbito penitenciario**”, en *Cuadernos penales José María Lidón nº9. La Justicia restaurativa, una justicia para el siglo XXI: potencialidades y retos*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2013, pp. 237-256.
- PARLAMENTO Y CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, **Directiva 2008/52/CE** del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles.
- PASCUAL RODRIGUEZ, Esther, **La mediación en el sistema penal: propuestas para un modelo reparador, humano y garantista**, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2012.
- PASCUAL RODRIGUEZ, Esther/CARLOS RIOS MARTIN, Julian, “Reflexiones desde los **Encuentros Restaurativos** entre Víctimas y Condenados por Delitos de Terrorismo”, en *Oñati Socio-legal Series* [online], 4 (3), 427-442. Available from: <http://ssrn.com/abstract=2468162>
- PEACHEY, Dean E, “**The Kitchener experiment**”, en JOHNSTONE (ed.), *A Restorative justice Reader, Texts, sources, context*, Willan Publishing, Devon, 2003, p. 178-186.
- PÉREZ MACHÍO, Ana Isabel, “Aproximación crítica a la intervención de la **acusación particular** en el proceso de menores”, en *Eguzkilore*, diciembre 2009, nº 3 pp. 301-314.
- PÉREZ SANZBERRO, Guadalupe, **Reparación y conciliación en el sistema penal ¿Apertura de una nueva vía?**, Comares, Granada, 1999.
- PETERS, Tony/ AERTSEN, Ivo, “Towards **“restorative justice”**: victimisation, victim support and trends in criminal justice”, en *Crime and Criminal Justice in Europe*, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2000, pp.35-46.
- PLANCHADELL GARGALLO, Andrea, “**La mediación penal: análisis y perspectivas tras la reforma del Código Penal y la aprobación del Estatuto de la víctima del delito**”, en *Derecho y Proceso Penal*, nº 39/julio-septiembre 2015, pp. 199-226.
- POZUELO PÉREZ, Laura, “Las **atenuantes** 21. 4ª y 21. 5ª del actual código penal”, en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 65, Edersa, Madrid, 1998, pp. 403-434.
- PRANIS, Kay, *The Little Book of **Circle Processes**: A New/Old Approach to Peacemaking*, Good Books, Intercourse, P.A, 2005.

- PUENTE SEGURA, Leopoldo, *Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes de la responsabilidad criminal*, Colex, Madrid, 1997.
- REGGIO, Federico, *Giustizia Dialogica: Luci e ombre della Restorative Justice*, Franco Angeli, Milano, 2010.
- “**Dialogical Justice**: Philosophical Considerations for Re-thinking the Reaction to Crime in a Restorative Way”, en CORNWELL/BLAD/WRIGHT *Civilising Criminal Justice. An International Agenda for Penal Reform*, Waterside Press, Hampshire, 2013, pp.315- 345.
- RIOS MARTÍN, Julián Carlos, *Maual de ejecución penitenciaria. Defenderse de la cárcel*, Colex, Madrid, 2014.
- RÍOS MARTÍN, Julián Carlos/PASCUAL RODRIGUEZ, Esther/BIBIANO GUILLEN, Alonso, La mediación penal y penitenciaria. Experiencias de diálogo en el sistema para la reducción de la violencia y el sufrimiento humano, COLEX, Madrid, 2012.
- RODRIGUEZ PUERTA, M^a José, “**Sistemas de asistencia**, protección y reparación de las víctimas”, en BACA BALDOMERO/ECHBURÚA ODRIUZOLA/TAMARIT SUMALLA (coord.), *Manual de Victimología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 407-437.
- ROMA VALDÉS, Antonio, *Código Penal Comentado*, Bosch, Barcelona, 2015.
- ROXIN, Claus, “La **reparación** en el sistema jurídico de sanciones, en CGPJ (ed.), *Jornadas sobre La reforma del derecho Penal en Alemania*, Madrid 1991, p. 19-30
- “**¿Tiene futuro** el derecho penal?”, en *Revista del Poder Judicial*, nº 49, 1998 pp. 373-92
- “Pena y reparación”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias penales*, vol. LII, 1999.
- SECRETARÍA GENERAL INSTITUCIONES PENITENCIARIAS, **Instrucción 2/2012**, de 7 de junio de 2012, sobre intervención de organizaciones no gubernamentales, asociaciones y entidades colaboradoras en el ámbito penitenciario.
- **Instrucción 9/2009**, de 4 de noviembre de 2009, que regula la intervención de organizaciones no gubernamentales (ONG’s), asociaciones y entidades colaboradoras (EC) en el ámbito penitenciario.
- SEGOVIA BERNABÉ, José Luis, “La experiencia de **mediación penitenciaria**”, en GARCIANDÍA GONZALEZ/ SOLETO MUÑOZ (dir.)/ OUBIÑA BARBOLLA (coord.), *Sobre la Mediación Penal*, Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pp. 289- 311.
- SERVICE PUBLIC FÉDÉRAL DE JUSTICE, *La justice en Belgique*, Service Public Fédéral de Justice, Bruxelles, 2008.
- SILVA SANCHEZ, Jesús María, “**Sobre la relevancia** jurídico-penal de la realización de actos de «reparación»”, en *Revista del poder judicial*, nº 45, 1997, pp. 183-202.

- STRANG, Heather, "Is Restorative Justice Imposing Its Agenda On Victims?", en ZEHRD/TOEWS (ed.), *Critical issues in Restorative Justice*, Criminal Justice Press/Willan Publishing, Devon 2004, pp. 95-105.
- STRICKLAND, Ruth Ann, *Restorative Justice*, Peter Lang, New York, 2004.
- SUANZES PÉREZ, Fernando, "**La justicia restaurativa**: normativa actual en el ámbito de la jurisdicción de menores", en MORENO CATENA et al., *El proceso en el siglo XXI y soluciones alternativas*, Aranzadi, Cizur Menor, 2006, pp. 137-156.
- SULLIVAN, Dennis/TIFFT, Larry, *Handbook of Restorative Justice. A Global Perspective*, Routledge, London, 2006.
- TAMARIT SUMALLA, Josep, "**La mediación reparadora** en la Ley de responsabilidad penal del menor", en GONZALEZ CUSSAC/TAMARIT SUMALLA/GÓMEZ COLOMER (Dir.), *Justicia Penal de menores y jóvenes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 47- 78.
- "La introducción de la justicia reparadora en la **ejecución penal**: ¿una respuesta al rearme punitivo?", *Revista General de derecho Penal Iustel*, nº 1, 2004
- "**La articulación de la justicia restaurativa** con el sistema de justicia penal", en TAMARIT SUMALLA (coord.), *La justicia restaurativa: desarrollo y aplicaciones*, Comares Granada, 2012, pp. 61-88.
- "**La victimología**: cuestiones conceptuales y metodológicas", en BACA/ECHEBURU/TAMARITBACA (coord.), *Manual de Victimología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp.17-50.
- "La **justicia reparadora**: ¿una justicia para la víctima?", en BACA BALDOMERO/ECHEBURÚA ODRIÓZOLA/TAMARIT SUMALLA, *Manual de Victimología*, Tirant lo Blanch, Valencia 2006, pp. 439- 462.
- "La justicia restaurativa: concepto, principios, investigación y marco teórico", en TAMARIT SUMALLA, (coord.), *La justicia Restaurativa: desarrollo y aplicaciones*, Comares, Granada 2012.
- TORIO, Angel, "**El sustrato antropológico** de las teorías penales", en *Revista de la Facultad de Derecho. Universidad Complutense. Num. Extra 11 (Estudios de Derecho penal en Homenaje al Profesor Luis Jiménez de Asua)*, Madrid, 1986, pp. 667-678.
- TORRES ROSELL, Núria, "Trabajos en beneficio de la comunidad y localización permanente", en QUINTERO OLIVARES, *Comentario a la reforma penal de 2015*, Aranzadi, Cizur, 2015, pp.101-
- URBANO CASTILLO, Eduardo/DE LA ROSA CORTINA, José Miguel, *La responsabilidad de los menores. Adaptada a la LO 8/2006 de 4 de diciembre*, Aranzadi, Cizur Menor, 2007.
- URTEAGA, Eguzki, "El pensamiento de **Norbert Elias**: proceso de civilización y configuración social", en *Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales*, nº 16, 2013, pp.15-31.

- VALEIJE ALVAREZ, Inmaculada, relatora de las intervenciones sobre el tema “**Las víctimas y las tensiones que genera su intervención**”, en las *Jornadas sobre el código penal de 1995: diez años después*, Asociación Internacional de Derecho Penal, sección española, Cáceres, 2013, pp. 1-17. Accesible en <http://aidpespana.uclm.es/Caceres2005/>
- VAN CAMP, Tienneke/DE SOUTER, Vicky, “**Restorative justice in Belgium**”, en MIERS/AERTSEN (ed.), *Regulating Restorative Justice: A comparative study of legislative provisions in Europe Countries*, Verlag für Polizeiwissenschaft, 2012, pp. 60-100.
- VAN DOOSSELAERE, Denis/ VANFRAECHEN, Inge, “Empirical Research on Restorative Justice in Belgium”, en AERTSEN/VANFRAECHE, *Restorative Justice Realities. Empirical Research in a European Context*, Eleven International Publishing, The Hague, 2010, pp.67-104.
- VARONA MARTÍNEZ, Gemma, *La mediación reparadora como estrategia de control social. Una perspectiva criminológica*, Comares, Granada, 1998.
- “El derecho a la tutela judicial efectiva a través de procesos restaurativos: avanzando más allá de la mediación penal en la construcción de un **derecho restaurativo interdisciplinar**”, en ETXEBERRIA GURIDI, *Estudios sobre el Significado e Impacto de la Mediación: ¿Una Respuesta Innovadora en los Diferentes Ámbitos Jurídicos?*, Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pp. 331-390.
- VAN NESS, Daniel W./STRONG, Karen H., *Restoring Justice: An introduction to restorative justice*, 3ª ed, Lexis Nexis, Newark, 2006.
- VERBRUGGEN, Frank/ FIJNAUT, Cyrille, “Belgium. The criminal justice system facing **the challenge of organised crime**”, *Revue internationale de droit penal*, nº 68, 1998, pp. 627-687.
- VOGEL, Jean, “Les premiers pas d’une longue marche vers **la réinvention de la démocratie**”, en CARTUYVEL et al., *L’Affaire Dutroux. La Belgique malade de son système*, Complexe., Bruxelles, 1997.
- VON HIRSCH, Andrew, *Restorative justice and criminal justice: competing or reconcilable paradims?*, Hart Publishing, Oxford, 2003.
- VON HOLDERSTEIN HOLTERMANN, Jakob, “**Outlining the Shadow** of the Axe-On Restorative Justice and the Use of Trial and Punishment”, en *Criminal Law and Philosophy*, nº 3/2009, pp. 187-207.
- WALGRAVE, Lode, “**On restoration and punishment**: favourable similarities and fourtunate differences”, en MORRIS/MAXWELL, *Restorative justice for juveniles. Conferencing, mediation and circles*, Hart Publishing, Oxford-Portland, 2001, pp. 17-37
- *Restorative Justice, Self-Interest and Responsible Citizenship*, Willian Publishing, Devon, 2008.

- “From Civilising Punishment to **Civilising Criminal Justice**: From Punishment to Restoration”, en CORNWELL/BLAD/WRIGHT, *Civilising Criminal Justice. An International Agenda for Penal Reform*, Waterside Press, Hampshire, 2013, pp. 347- 377.
- WALKLATE, Sandra, **Handbook of Victims and Victimology**, Willan Publishing, Portland, 2007.
- “**Perspectives** on the Victim and Victimization”, en WALKLATE (ed.), *Handbook of Victims and Victimology*, Willan Publishing, Portland, 2007, pp. 11-16.
- WEITEKAMP, Elmar/ KENER, Hans- Jürgen (ed.), **Restorative Justice. Theoretical foundations**, Willan Publishing, Devon, 2002.
- WILLEMSSENS, Jolien, *Restorative justice: an agenda for Europe The role of the European Union for the development of restorative justice*, European Forum for Restorative Justice, Leuven, 2008.
- ZEDNER, Lucia, “**Reparation and Retribution**: Are they Reconcilable?”, en *The Modern Law Review*, vol. 57, no° 2 1994, pp. 228-250.
- ZEHR, Howard, **Changing Lenses: A New Focus for Crime and Justice**, Herald Press, Scottdale/ Waterloo, 1990.
- **The little book of Restorative Justice**, Good Books, Estados Unidos, 2002.
- “**Retributive justice**. Occasional Paper no. 4, New Perspectives on Crime and Justice series (MCC Canada Victim Offender Ministries Program and MCC US Office on Crime and Justice)”, en JOHNSTON, *A restorative Justice Reader, texts sources, context*, Willan Publishing, Devon, 1985.
- ZEHRD, Howard/TOEWS, Barb (ed.), **Critical issues in Restorative Justice**, Criminal Justice Press/ Willan Publishing, Devon 2004.
- ZUGALDIA ESPINAR, José Miguel (dir.), **Fundamentos de derecho penal parte general** (4 ed), Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

ANEXO

NORMATIVA BELGA SOBRE JUSTICIA RESTAURATIVA

A continuación, se reproduce la normativa belga utilizada como texto básico en el Capítulo II del presente trabajo y se acompaña de traducción propia. Se traducen en concreto los artículos 216 *bis*, 216 *ter*, 553, 554 y 555 del “Código de Instrucción Criminal” así como los artículos 37 *bis*, 37 *ter*, 37 *quáter* y 37 *quinquies* de la “Ley sobre la protección de la juventud, sobre la custodia de menores que hayan cometido un hecho calificado de infracción y la reparación del daño causado por ese hecho”. Posteriormente, se detalla una relación de la normativa belga citada también en el Capítulo II.

A) Código de Instrucción Criminal: art. 216*bis* , 216*ter*, 553, 554 y 555.

Los artículos 216 *bis* y 216 *ter* se ubican en el Capítulo III titulado “Disposiciones relativas a la extinción de la acción pública, para determinados delitos, con la realización de ciertas condiciones”. Dicho Capítulo, se ubica a su vez en el Libro II “De la justicia”, Título Iº “Tribunales de policía y los tribunales penales”. Ambos artículos entraron en vigor el 1 de noviembre de 1994.

Art 216 bis.

§1er Lorsque le procureur du Roi estime, pour une infraction punissable, soit d'une amende, soit d'une peine d'emprisonnement dont le maximum ne dépasse pas cinq ans, soit de l'une et l'autre de ces peines, ne devoir requérir qu'une amende ou une amende et la confiscation, il peut inviter l'auteur de l'infraction à verser une somme à l'Administration de la taxe sur la valeur ajoutée, de l'enregistrement et des domaines.

Le procureur du Roi fixe les modalités et le délai de paiement. Ce délai est de quinze jours au moins et de trois mois au plus; ce dernier délai peut être porté à six mois en cas de délit lorsque des circonstances particulières le justifient.

La somme prévue à l'alinéa premier ne peut être supérieure au maximum de l'amende prévue par la loi, majorée des décimes additionnels, ni être inférieure à dix francs majorés des décimes additionnels. Pour les infractions visées à l'article 175, 2°, de l'arrêté royal du 25 novembre 1991 portant réglementation du chômage, aux articles 15, 2° ou 16 de la loi du 16 novembre 1972 concernant l'inspection du travail, à l'article 11, §§ 2, 3 et 4, de l'arrêté royal n° 5 du 23 octobre 1978 relatif à la tenue des documents sociaux et à l'article 172, §§ 1er et 2, de la loi-programme du 22 décembre 1989, la somme prévue à l'alinéa 1er ne peut être inférieure au minimum prévu pour les amendes administratives, visées respectivement par l'article 1er bis, 1°, a), 2°, b), 3°, 5° et 6°, de la loi du 30 juin 1971 relative aux amendes administratives applicables en cas d'infraction à certaines lois sociales. Pour les infractions visées à la phrase précédente, à l'exception de celles visées aux articles 15, 2° et 16, de la loi du 16 novembre 1972 concernant l'inspection du travail, le montant de la somme prévue à l'alinéa 1er sera multiplié par le nombre de travailleurs pour lesquels une infraction a été constatée.] [La somme prévue à l'alinéa 1er ne peut, pour les infractions visées à la deuxième phrase du présent alinéa, être inférieure à 40 % du minimum des amendes administratives précitées ou, lorsqu'il s'agit des infractions visées à l'article [12, 1°, de la loi du 30 avril 1999 relative à l'occupation des travailleurs étrangers], être inférieure à 80 % du minimum de l'amende administrative précitée.]

Lorsque l'infraction a donné lieu à des frais d'analyse ou d'expertise, la somme fixée pourra être augmentée du montant ou d'une partie du montant de ces frais; la partie de la somme versée pour couvrir ces frais sera attribuée à l'organisme ou à la personne qui les a exposés.

Le procureur du Roi invite l'auteur de l'infraction passible de confiscation à abandonner dans un délai qu'il fixe les objets saisis ou, s'ils ne le sont pas, à les remettre à l'endroit qu'il fixe.

Les paiements, abandon et remise effectués dans le délai indiqué éteignent l'action publique.

Les préposés de l'Administration de la Taxe sur la valeur ajoutée, de l'Enregistrement et des Domaines informent le procureur du Roi du versement effectué.

§ 2. La faculté accordée au procureur du Roi par le paragraphe 1er ne peut être exercée lorsque le tribunal est déjà saisi du fait ou lorsque le juge d'instruction est requis d'instruire.

§ 3. La faculté prévue au paragraphe 1 appartient aussi, pour les mêmes infractions, aux auditeurs du travail [...] et pour les personnes visées par les articles 479 et 483 du Code d'instruction criminelle, au procureur général près la cour d'appel.

§ 4. Le dommage éventuellement causé à autrui doit être entièrement réparé avant que la transaction puisse être proposée. Toutefois, elle pourra aussi être proposée si l'auteur a reconnu par écrit, sa responsabilité civile pour le fait générateur du dommage, et produit la preuve de l'indemnisation de la fraction non contestée du dommage et des modalités de règlements de celui-ci. En tout état de cause, la victime pourra faire valoir ses droits devant le tribunal compétent. Dans ce cas, l'acceptation de la transaction par l'auteur constitue une présomption irréfutable de sa faute.

§ 5. Les invitations prévues au présent article se font par lettre recommandée à la poste ou par un avertissement remis par un agent de la force publique.

Traducción art. 216 bis.

§1. *Cuando el fiscal considera que se debe aplicar únicamente una multa o una multa y la confiscación para una infracción que sea sancionable con una multa, una pena de prisión de un máximo de cinco años o por ambas, podrá proponer al autor de la infracción el pago de una suma a la Administración del impuesto sobre el valor añadido, del registro y de la posesión.*

El fiscal fijará el modo y el plazo de pago. El plazo será de un mínimo de quince días y un máximo de tres meses; ese último plazo podrá ser prolongado hasta seis meses en caso de que las circunstancias particulares del delito así lo justifiquen.

La suma prevista en el primer párrafo no podrá ser superior al máximo de la multa prevista por ley, multiplicada por las décimas adicionales, ni ser inferior a diez francos multiplicados por las décimas adicionales. En el caso de las infracciones previstas en el artículo 12, 1º, de la ley de 30 abril 1999 relativa al empleo de trabajadores extranjeros, al artículo 175, 2º del decreto real de 25 noviembre 1991 que contiene reglamentación sobre desempleo, a los artículos 15, 2º o 16 de la ley de 16 de noviembre de 1972 sobre la inspección de trabajo, al artículo 11 § 2, 3 y 4 del decreto real nº5 de 23 de octubre de 1978 en relación a la obligatoriedad de documentos sociales y al artículo 172, 1 y 2 de la ley programática de 22 de diciembre de 1989, la suma prevista en el párrafo primero no podrá ser inferior al mínimo previsto por las multas administrativas, recogidas en el artículo 1ºbis, 1º, a), 2º, b), 3º, 5º y 6º, de la ley de 30 de junio de 1971 sobre las multas administrativas aplicables en caso de infringir ciertas leyes sociales. En el caso de las infracciones previstas en la frase anterior, con excepción de aquellas previstas en los artículos 15, 2º y 16 de la ley de 16 de noviembre de 1972 sobre la inspección de trabajo, el importe previsto en el párrafo 1 se multiplicará por el número de trabajadores por los que se determina la infracción. La suma prevista en el primer párrafo para las infracciones

previstas en la segunda frase del presente párrafo, no podrá ser inferior al 40% del mínimo de las multas administrativas previstas o, en los casos en el que se trate de infracciones previstas en el artículo 12, 1º de la ley de 30 de abril de 1999 relativa al empleo de trabajadores extranjeros, ser inferior al 80% del mínimo de la multa administrativa prevista.

Cuando la infracción haya requerido gastos de análisis o peritaje, la suma fijada podrá ser aumentada por el importe de los gastos o por una parte de los mismos; la parte de la suma pagada para cubrir esos gastos será atribuida al organismo o persona que los ha expuesto.

El fiscal invitará al autor de la infracción punible con a una confiscación a abandonar en el plazo por él establecido, los objetos decomisados o, si todavía no lo han sido, a entregarlos en el lugar establecido.

Los pagos, el abandono y la entrega efectuados en el plazo indicado extinguen la acción pública.

Los encargados de la Administración del impuesto sobre el valor añadido, el registro y el dominio informaran al fiscal sobre el pago efectuado.

§2. La competencia otorgada al fiscal en el párrafo 1 no podrá ser ejercida cuando el caso haya sido sometido a un tribunal o cuando se haya requerido al juez de instrucción que instruya la causa.

§3. La facultad prevista en el párrafo 1 corresponde también, para las mismas infracciones, a los auditores de trabajo, y a las personas previstas por los artículos 479 y 483 del Código de Instrucción Criminal, así como al fiscal general ante el tribunal de apelación.

§4. El daño eventualmente causado a un tercero deberá ser completamente reparado antes de que pueda ser propuesta la transacción. Sin embargo, esta también podrá ser propuesta, si el autor ha reconocido por escrito su responsabilidad civil por el hecho causante del daño, y si presenta una prueba de la indemnización de la parte no discutida del daño y de las modalidades de su pago. En todo caso, la víctima podrá hacer valer sus derechos frente a un tribunal competente. En ese caso, la aceptación de la transacción por el autor constituye una presunción irrefutable de su culpa.

§5. Las propuestas previstas en el presente artículo se harán por carta certificada en correos o por un aviso entregado por medio de un agente de la fuerza pública.

Art. 216 ter.

§ 1. Le procureur du Roi peut, sans préjudice des pouvoirs que lui attribue l'article 216bis , convoquer l'auteur d'une infraction et, pour autant que le fait ne paraisse pas être de nature à devoir être puni d'un emprisonnement correctionnel principal de plus de deux ans ou d'une peine plus lourde, l'inviter à indemniser ou réparer le dommage causé par l'infraction et à lui en fournir la preuve. Le cas échéant, le procureur du Roi convoque également la victime et organise une médiation sur l'indemnisation ainsi que sur ses modalités.

Lorsque l'auteur de l'infraction invoque comme cause de l'infraction la circonstance d'une maladie ou d'une assuétude à l'alcool ou aux stupéfiants, le procureur du Roi peut l'inviter à suivre un traitement médical ou tout autre thérapie adéquate, et à en fournir périodiquement la preuve durant un délai qui ne peut excéder six mois.

Il peut également inviter l'auteur de l'infraction à exécuter un travail d'intérêt général ou à suivre une formation déterminée d'une durée de 120 heures au plus dans le délai qu'il fixe. Ce délai est d'au moins un mois et de six mois au plus.

Le travail d'intérêt général est effectué gratuitement par l'auteur de l'infraction pendant le temps laissé libre par ses éventuelles activités scolaires ou professionnelles.

Le travail d'intérêt général ne peut être effectué qu'auprès des services publics de l'Etat, des communes, des provinces, des communautés et des régions ou auprès d'associations sans but lucratif ou de fondations à but social, scientifique ou culturel.

Le travail d'intérêt général ne peut consister en un travail qui, dans le service public ou l'association désigné, est généralement exécuté par des travailleurs rémunérés.

§ 1**erbis** . Lorsque dans le cadre de la médiation pénale, l'auteur de l'infraction accepte la proposition du procureur du Roi d'exécuter un travail d'intérêt général, celui-ci communique sa décision pour exécution à la section du Service des maisons de justice du SPF Justice de l'arrondissement judiciaire du lieu de résidence de l'auteur de l'infraction, laquelle désigne sans délai un assistant de justice chargé de la mise en place et du suivi de l'exécution du travail d'intérêt général.

Après avoir entendu l'auteur de l'infraction et tenu compte de ses observations et de ses capacités physiques et intellectuelles ainsi que des éventuelles indications du procureur du Roi, l'assistant de justice détermine le contenu concret des travaux à réaliser, sous le contrôle du procureur du Roi qui d'office ou à la demande de l'auteur de l'infraction, peut à tout moment le préciser et l'adapter.

Le contenu concret du travail d'intérêt général est notifié dans une convention à signer par l'auteur de l'infraction, dont l'assistant de justice lui remet une copie. L'assistant de justice communique également une copie de la convention signée au procureur du Roi.

En cas d'inexécution totale ou partielle du travail d'intérêt général, l'assistant de justice en informe sans délai le procureur du Roi. En ce cas, le procureur du Roi peut convoquer l'intéressé, l'entendre en ses observations et renvoyer le dossier à l'assistant de justice ou décider de clôturer son intervention.]

§ 2. Lorsque l'infraction a donné lieu à des frais d'analyse ou d'expertise, les mesures visées au § 1er ne peuvent être proposées que si l'auteur s'engage à payer les frais dans le délai fixé par le procureur du Roi.

§ 3. Lorsqu'une confiscation spéciale peut être appliquée, le procureur du Roi invite l'auteur de l'infraction à abandonner, dans un délai déterminé, les objets saisis qui lui appartiennent; si ceux-ci n'ont pas été saisis, le procureur du Roi peut inviter l'auteur à les remettre à un endroit déterminé.

§ 4. Lorsque l'auteur de l'infraction a satisfait à toutes les conditions, acceptées par lui, l'action publique est éteinte.

L'extinction de l'action publique ne porte pas préjudice aux droits des personnes subrogées dans les droits de la victime ou des victimes qui n'ont pas été associées à la procédure prévue au § 1er: a leur égard, la faute de l'auteur de l'infraction est présumée irréfragablement.

§ 5. Les paragraphes 2 et 3 de l'article 216bis, sont d'application.

§ 6. L'auteur de l'infraction, convoqué par le procureur du Roi en exécution du présent article, peut se faire assister par un avocat; il ne peut pas se faire représenter.

La victime peut se faire assister ou représenter par un avocat.

§ 7. Le Service des Maisons de justice du [SPF Justice] assiste le procureur du Roi dans les différentes phases de la médiation pénale et plus spécifiquement dans son exécution concrète. Les agents de ce service effectuent leur mission en collaboration étroite avec le procureur du Roi, qui a le contrôle [de l'évolution du dossier.

Par ressort de Cour d'Appel, des agents du Service des Maisons de justice du Ministère de la Justice interviennent pour assister le procureur général dans l'exécution d'une politique criminelle en médiation pénale, pour l'évaluation, la coordination et la supervision de l'application de la médiation pénale dans les différents parquets du ressort du procureur général et pour assister les agents, mentionnés dans l'alinéa 1er. Ils travaillent en collaboration étroite avec le procureur général.

§ 8. Aux niveaux fédéral et local des structures de concertation relatives à l'application de cet article sont créées. Ces structures de concertation ont pour mission de réunir sur une base régulière les instances concernées par l'exécution du présent article afin d'évaluer leur

collaboration. Le Roi arrête les modalités de composition et de fonctionnement de ces structures de concertation.

Traducción art. 216 ter.

§1. El fiscal podrá, sin perjuicio del poder que le atribuye el artículo 216bis, convocar al infractor, en caso de que el hecho cometido no deba ser sancionado con una pena de prisión superior a de dos años o con una pena más severa, le podrá invitar a indemnizar o reparar el daño causado y a presentar una prueba. Si procede, el fiscal convocará igualmente a la víctima y organizará una mediación sobre la indemnización, así como sobre sus modalidades.

Cuando el autor de la infracción alegue como causa de la infracción el procedimiento de alguna enfermedad o una dependencia al alcohol u otros estupefacientes, el fiscal podrá proponer un tratamiento médico o cualquier otro tipo de terapia adecuada y deberá aportar periódicamente prueba de su seguimiento en un plazo que no podrá exceder los 6 meses.

Puede igualmente, invitar al infractor a realizar un trabajo de interés general o a completar una determinada formación de una duración mínima de 120 horas en el plazo que se haya estimado. Dicho plazo será como mínimo de un mes y como máximo de seis meses.

El infractor realizará de manera gratuita el trabajo de interés general en el tiempo libre que le dejen sus actividades escolares o profesionales.

El trabajo de interés general sólo podrá ser realizado en servicios públicos del estado, en las comunas, provincias, comunidades y regiones o en asociaciones sin ánimo de lucro o fundaciones con un fin social, científico o cultural.

El trabajo de interés general no podrá consistir en un trabajo que, en el servicio público o asociación asignada, lo realizan normalmente trabajadores remunerados.

1erbis *Cuando en el marco de la mediación penal, el autor de la infracción acepte la proposición del fiscal de realizar un trabajo de interés general, este comunicará su decisión a la sección del Servicio de Maison de justice del Servicio Público Federal de Justicia del partido judicial del lugar de residencia del autor de la infracción el cual designará sin demora un asistente de justicia encargado de la organización y del seguimiento de la ejecución del trabajo de interés general.*

Tras haber escuchado al autor de la infracción y tenidas en cuenta sus observaciones y sus capacidades psíquicas e intelectuales, así como las posibles indicaciones del fiscal, el asistente judicial determinará el contenido concreto de los trabajos a realizar, bajo la supervisión del fiscal quien de oficio o a petición del infractor podrá en todo momento precisar o adaptar el trabajo.

El contenido concreto del trabajo de interés comunitario quedará recogido en un contrato que deberá ser firmado por el infractor, el asistente de justicia le entregará una copia. Así mismo, el asistente de justicia enviará una copia firmada al fiscal.

En caso de incumplimiento total o parcial del trabajo de interés general, el asistente judicial informará sin demora al fiscal. En ese caso, el fiscal podrá convocar al interesado, escuchar sus observaciones y reenviar el dossier al asistente judicial o pondrá fin a su intervención.

§2. Cuando la infracción haya dado lugar a gastos de análisis o de peritaje, las medidas recogidas en § 1 sólo podrán ser propuestas si el autor asume el pago de los gastos en el plazo fijado por el fiscal.

§3. Cuando pueda ser aplicada una confiscación especial, el fiscal invitará al autor de la infracción a abandonar en un plazo determinado, los objetos embargados que le pertenezcan; si estos no han sido embargados, el fiscal podrá proponer al autor que los entregue en un lugar determinado.

§4. Cuando el autor de la infracción haya satisfecho todas las condiciones aceptadas, la acción pública quedará extinguida.

La extinción de la acción pública no supondrá ningún perjuicio a los derechos de las personas que tengan subrogados los derechos de las víctimas o a las víctimas que no hayan sido parte del proceso previsto en § 1 en relación a ellos, la responsabilidad del autor de la infracción se presume de manera irrefutable.

§ 5. Serán de aplicación los párrafos 2 y 3 del artículo 216 bis.

§6. El autor de la infracción, convocado por el fiscal en ejecución del presente artículo, podrá ser asistido por un abogado, pero no ser representado.

La víctima podrá ser asistida o representada por un abogado.

§7. El Servicio de Maisons de Justice (del Servicio Público Federal de Justicia) colabora con el fiscal en las diferentes fases de la mediación penal, más específicamente en su ejecución concreta. Los agentes de este servicio realizarán su labor en estrecha colaboración con el fiscal quien tendrá el control de la evolución del caso.

Por competencia del Tribunal de Apelación, los agentes del Servicio de Maisons de Justice del Ministerio de Justicia colaboran con el fiscal general en la elaboración de una política criminal de mediación penal, para la evaluación, la coordinación y la supervisión de la aplicación de la mediación penal en los diferentes parquets que sean competencia del fiscal general y para colaborar con los agentes mencionados en el primer párrafo. Trabajan en estrecha colaboración con el fiscal.

§8. *A nivel federal y local, se crearán estructuras de concertación. Dichas estructuras tendrán por objetivo reunir de manera regular a las instancias implicadas en la ejecución del presente artículo a fin de evaluar su colaboración. Mediante decreto real se establecerán la composición y el funcionamiento de las estructuras mencionadas.*

También en el LIBRO II “De la justicia” se ubica el Título VI “De la mediación” a continuación se reproducen sus tres artículos 553, 554 y 555, en vigor desde el 31 de enero de 2006.

Art. 553.

§ **1er.** *Sous réserve de l’article 216ter du présent Code, toute personne qui a un intérêt direct peut, dans chaque phase de la procédure pénale et de l’exécution de la peine formuler une demande de médiation.*

§ **2.** *Le ministère public, le juge d’instruction, les juridictions d’instruction et le juge veillent à ce que les parties impliquées dans une procédure judiciaire soient informées sur la possibilité de demander une médiation. Pour autant qu’ils l’estiment opportun dans des dossiers concrets, ils peuvent eux-mêmes proposer une médiation aux parties.*

§ **3.** *La demande de médiation est adressée à un service visé à l’article 554,§ 1er.*

Ce service peut informer le procureur du Roi de la demande et solliciter le cas échéant l’autorisation de prendre connaissance du dossier

§ **4.** *Les parties peuvent se faire assister par un avocat au cours de la médiation.]*

Traducción art. 553.

1. Con reserva del artículo 216ter del presente Código, toda persona que tenga un interés directo, puede formular una demanda de mediación en todas las fases del procedimiento penal y de la ejecución de la pena.

2. El ministerio público, el juzgado de instrucción, las jurisdicciones de instrucción y el juez velarán porque las partes implicadas en un procedimiento judicial de mediación sean informadas

de la posibilidad de solicitar una mediación. Por ello, cuando estimen oportuno podrán ellos mismos proponer una mediación a las partes.

3. La demanda de mediación se dirigirá a un servicio previsto en el artículo 554.1. Ese servicio podrá informar al fiscal de la demanda y solicitar si procede autorización para acceder al expediente.

4. En el curso de la mediación las partes podrán ser asistidas por un abogado

Art. 554.

§ **1er.** Les médiateurs font partie d'un service qui offre de la médiation et qui est agréé par le Ministre de la Justice. Les critères d'agrément sont fixés par le Roi par arrêté délibéré en Conseil des Ministres et ont trait à la personnalité juridique du service, à ses activités, à sa composition pluridisciplinaire et à l'obligation de prévoir une formation adaptée et un soutien spécialisé. En outre, le Roi fixe par arrêté délibéré en Conseil des Ministres les procédures d'octroi, de suspension et de retrait d'agrément ainsi que l'organisation de financement de ces services.

§ **2.** Il est créé auprès du Service public fédéral Justice une "commission déontologique médiation" pour ces services. Cette commission aura pour mission d'élaborer et d'actualiser un code de déontologie en matière de médiation ainsi que d'assurer le suivi des problèmes déontologiques. La commission se compose de douze membres désignés sur la base de leurs connaissances et de leur expérience dans la matière. Le Roi fixe par arrêté délibéré en Conseil des ministres les règles concernant la composition et le fonctionnement de la commission. La composition respecte la parité linguistique.

Traducción art. 554.

1. Los mediadores forman parte de un servicio de mediación que cuenta con el reconocimiento del Ministerio de Justicia. Los criterios de reconocimiento los establece el Rey mediante decreto deliberado en el Consejo de Ministros y determinan la personalidad jurídica del servicio, sus actividades, su composición pluridisciplinar y la obligación de prever de una formación adaptada y un apoyo especializado. Además, el Rey establecerá mediante decreto deliberado en el Consejo de Ministros los procedimientos de control, de suspensión y de retracto del acuerdo, así como la organización de la financiación de los servicios.

2. El Servicio Público Federal crea una "comisión deontológica de mediación" para esos servicios. Dicha comisión tendrá por misión elaborar y actualizar un código deontológico sobre mediación, así como garantizar el seguimiento de problemas deontológicos. La comisión, se

compone de doce miembros elegidos por sus conocimientos y a su experiencia en la materia. El Rey, establecerá mediante decreto deliberado en el Consejo de Ministro las reglas la composición y el funcionamiento de la comisión. La composición respetara la paridad lingüística.

Art. 555.

§ 1er. Les documents établis et les communications faites dans le cadre d'une intervention d'un médiateur sont confidentiels, à l'exception de ce que les parties consentent à porter à la connaissance des autorités judiciaires. Ils ne peuvent être utilisés dans une procédure pénale, civile, administrative ou arbitrale ou dans toute autre procédure visant à résoudre des conflits et ne sont pas admissibles comme preuve, même comme aveu extrajudiciaire.

§ 2. Les documents confidentiels qui sont tout de même communiqués ou sur lesquels une partie se base en violation de l'obligation de secret sont d'office écartés des débats.

§ 3. Sans préjudice des obligations que la loi lui impose, le médiateur ne peut rendre publics les faits dont il prend connaissance du fait de sa fonction. Il ne peut être appelé comme témoin dans une procédure pénale, civile, administrative ou arbitrale ou dans toute autre procédure relative aux faits dont il a pris connaissance au cours d'une médiation. L'article 458 du Code pénal s'applique au médiateur.

Traducción art. 555.

1. Los documentos y las comunicaciones realizadas en el marco de la intervención de un mediador son confidenciales, con excepción de los que las partes consientan poner en conocimiento de las autoridades judiciales. No podrán ser utilizados en un procedimiento penal, civil, administrativo o arbitral ni en cualquier otro procedimiento que tenga como objetivo la resolución de conflictos, tampoco serán admisibles como prueba ni siquiera como testimonio extrajudicial.

2. Los documentos confidenciales que hayan sido comunicados o los que estén en parte basado en la violación de la obligación de secreto, serán desestimados de oficio.

3. Sin perjuicio de las obligaciones que establezca la ley, el mediador no podrá hacer públicos los hechos que haya conocido en el desarrollo de sus funciones. No podrá ser llamado como testigo en un procedimiento penal, civil, administrativo o arbitral ni en cualquier otro procedimiento relativo a los hechos conocidos en el transcurso de una mediación.

Al mediador se le aplicará el artículo 458 del Código Penal.

B) Ley sobre la protección de la juventud, sobre la custodia de menores que hayan cometido un hecho calificado de infracción y la reparación del daño causado por ese hecho:

TITRE PRÉLIMINAIRE

Principes de l'administration de la justice des mineurs

Les principes suivants sont reconnus et applicables à l'administration de la justice des mineurs:

1° la prévention de la délinquance est essentielle pour protéger la société à long terme et exige que les autorités compétentes s'attaquent aux causes sous-jacentes de la délinquance des mineurs et qu'elles élaborent un cadre d'action multidisciplinaire;

2° tout acte d'administration de la justice des mineurs est, dans la mesure du possible, assuré par des intervenants, fonctionnaires et magistrats qui ont reçu une formation spécifique et continue en matière de droit de la jeunesse;

3° l'administration de la justice des mineurs poursuit les objectifs d'éducation, de responsabilisation et de réinsertion sociale ainsi que de protection de la société;

4° les mineurs ne peuvent, en aucun cas, être assimilés aux majeurs quant à leur degré de responsabilité et aux conséquences de leurs actes. Toutefois, les mineurs ayant commis un fait qualifié infraction doivent être amenés à prendre conscience des conséquences de leurs actes;

5° les mineurs jouissent dans le cadre de la présente loi, à titre propre, de droits et libertés, au nombre desquels figurent ceux qui sont énoncés dans la Constitution et la Convention internationale relative aux droits de l'enfant, et notamment le droit de se faire entendre au cours du processus conduisant à des décisions qui les touchent et de prendre part à ce processus, ces droits et libertés devant être assortis de garanties spéciales:

a) les jeunes ont le droit, chaque fois que la loi est susceptible de porter atteinte à certains de leurs droits et libertés, d'être informés du contenu de ces droits et libertés;

b) les père et mère assument l'entretien, l'éducation et la surveillance de leurs enfants. Par conséquent, les jeunes ne peuvent être entièrement ou partiellement soustraits à l'autorité parentale que dans les cas où des mesures tendant au maintien de cette autorité sont contre-indiquées;

c) la situation des mineurs ayant commis un fait qualifié infraction requiert surveillance, éducation, discipline et encadrement. Toutefois, l'état de dépendance où ils se trouvent,

leur degré de développement et de maturité créent dans leur chef des besoins spéciaux qui exigent écoute, conseils et assistance;

d) toute intervention comportant une mesure éducative vise à encourager le jeune à intégrer les normes de la vie sociale;

e) dans le cadre de la prise en charge des mineurs ayant commis un fait qualifié infraction, il est fait recours, lorsque cela est possible, aux mesures, prévues par la loi, de substitution aux procédures judiciaires, et ce, en restant cependant attentif à l'impératif de protection sociale;

f) dans le cadre de la loi, le droit des jeunes à la liberté ne peut souffrir que d'un minimum d'entraves commandées par la protection de la société, compte tenu des besoins des jeunes, des intérêts de leur famille et du droit des victimes.

Traducción Título Preliminar

Principios de administración de la justicia de menores.

Los siguientes principios son reconocidos y aplicados en la administración de justicia de menores.

1º *la prevención de la delincuencia es esencial para la protección de la sociedad a largo plazo y exige que las autoridades competentes hagan frente a las causas subyacentes de la delincuencia de menores y que elaboren un cuadro de acción multidisciplinar.*

2º *todo acto de administración de justicia de menores debe ser garantizado, en la medida de lo posible, por colaboradores, funcionarios y magistrados que hayan recibido una formación específica y continua en materia de derecho de menores.*

3º *La administración de justicia de menores persigue los objetivos de educación, de responsabilización y de reinserción social, así como de protección de la sociedad.*

4º *los menores no pueden, en ningún caso, ser asimilados a los mayores en cuanto al grado de responsabilidad y a las consecuencias de sus actos. No obstante, los menores que hayan cometido un hecho calificado de infracción deberán ser encaminados a tomar conciencia de sus actos*

5º *los menores disfrutan en el marco de la presente ley, a título propio, de derechos y libertades, entre los que figuran algunos enunciados en la Constitución y en la Convención Internacional de los derechos del Niño y en especial el derecho a ser escuchado en el curso de un procedimiento que dará lugar a decisiones que les afectarán y a tomar parte en el proceso; sus derechos y libertades deberán ser completados por garantías especiales:*

a) los jóvenes tienen el derecho, cada vez que la ley pueda poner en peligro algunos de sus derechos y libertades, de ser informados del contenido de esos derechos y libertades.

b) El padre y la madre asumen el sustento, la educación y el cuidado de sus hijos. Por lo tanto, los jóvenes no podrán ser sustraídos completa o parcialmente de la autoridad parental salvo en el caso en que las medidas dirigidas al mantenimiento de esa autoridad estén contraindicadas.

c) La situación de los menores que hayan cometido un hecho calificado de infracción requiere cuidado, educación, disciplina y tutela. No obstante, la situación de dependencia en la que se encuentran, su nivel de desarrollo y de madurez, implican necesidades especiales que requieren de escucha, consejo y asistencia.

d) Toda intervención que comporte una medida educativa aspira a fomentar que el joven incorpore las normas de la vida social.

e) En el marco de la custodia de los menores que hayan cometido un hecho calificado de infracción, se debe recurrir, cuando sea posible, a las medidas, previstas por la ley de sustitución de los procedimientos judiciales, permaneciendo atentos a los imperativos de la protección social.

f) En el marco de la ley, el derecho de los jóvenes a la libertad no puede sufrir más que un mínimo de limitaciones en aras de proteger a la sociedad, teniendo en cuenta las necesidades de los jóvenes, el interés de su familia y el derecho de las víctimas.

Los artículos 37 *bis*, 37 *ter*, 37 *quáter* y 37 *quinqüies* que se recogen a continuación se ubican en el Título II dedicado a la "protección judicial", concretamente en el Capítulo III "Medidas de protección de menores", Sección II "Medidas en interés del menor". Su entrada en vigor data del 2 de abril de 2007.

Art. 37 *bis*.

§ **1er.** Le juge ou le tribunal peut faire une offre restauratrice de médiation et de concertation restauratrice en groupe si les conditions suivantes sont remplies:

1°il existe des indices sérieux de culpabilité;

2°la personne qui est présumée avoir commis un fait qualifié infraction déclare ne pas nier être concernée par le fait qualifié infraction;

3° une victime est identifiée. Une offre restauratrice ne peut être mise en œuvre que si les personnes qui y participent y adhèrent de manière expresse et sans réserve, et ce, tout au long de la médiation ou de la concertation restauratrice en groupe.

§ 2. La médiation permet à la personne qui est présumée avoir commis un fait qualifié infraction, aux personnes qui exercent l'autorité parentale à son égard, aux personnes qui en ont la garde en droit ou en fait ainsi qu'à la victime, d'envisager ensemble, et avec l'aide d'un médiateur neutre, les possibilités de rencontrer les conséquences notamment relationnelles et matérielles d'un fait qualifié infraction. Le juge ou le tribunal propose, par écrit, aux personnes visées au premier alinéa de participer à une médiation.

§ 3. La concertation restauratrice en groupe permet à la personne qui est présumée avoir commis un fait qualifié infraction, à la victime, à leur entourage social, ainsi qu'à toutes personnes utiles, d'envisager, en groupe et avec l'aide d'un médiateur neutre, des solutions concertées sur la manière de résoudre le conflit résultant du fait qualifié infraction, notamment en tenant compte des conséquences relationnelles et matérielles résultant du fait qualifié infraction. Le juge ou le tribunal propose une concertation restauratrice en groupe à la personne qui lui est déférée et qui est présumée avoir commis un fait qualifié infraction, aux personnes qui exercent l'autorité parentale à son égard et aux personnes qui en ont la garde en droit ou en fait. La ou les victimes sont informées par écrit.

§ 4. Le juge ou le tribunal informe les personnes visées au § 2, alinéa 1er, et au § 3, alinéa 2, qu'elles peuvent:

1° être conseillées par leur avocat avant d'accepter l'offre restauratrice;

2° se faire assister d'un avocat dès le moment où l'accord auquel aboutissent les personnes visées aux § 2, alinéa 1er, et § 3, alinéa 2, est fixé.

Traducción art. 37 bis.

1. El juez o el tribunal podrá realizar una oferta restaurativa de mediación y de concertación restaurativa grupal si se cumplen las siguientes condiciones:

1° existen indicios serios de culpabilidad.

2° la persona sospechosa de haber cometido un acto calificado de infracción no niega su posible implicación en el acto.

3° sea conocida la identidad de una víctima. La oferta restaurativa sólo podrá llevarse a cabo si las personas participan y se adhieren de manera expresa y sin reservas durante toda la mediación o durante toda la concertación restaurativa grupal.

2. La mediación permite a la persona sospechosa de haber cometido un acto calificado de infracción, a las personas que ejercen la patria potestad, a las personas que ostentan la custodia por derecho o de facto, así como a la víctima, reflexionar juntos y con la ayuda de un mediador neutro, sobre las posibilidades de enfrentarse a las consecuencias de un hecho calificado de infracción, en especial a las consecuencias relacionales y materiales. El juez o tribunal propone, por escrito, a las personas mencionadas en el primer párrafo participar en la mediación.

3. La concertación restaurativa grupal permite a la persona sospechosa de haber cometido un acto calificado de infracción, a la víctima, a su entorno social, así como a todas las personas útiles, afrontar, en grupo y con la ayuda de un mediador neutro las soluciones concertadas sobre la manera de resolver el conflicto derivado de un hecho cualificado de infracción, en especial teniendo en cuenta las consecuencias relacionales y materiales. El juez o el tribunal propondrá una concertación restaurativa grupal a quien sea sospechoso de haber cometido un acto calificado de infracción, a las personas que ejercen la patria potestad y a las personas que ostentan la custodia por derecho o de facto. La o las víctimas serán informadas por escrito.

4. El juez o tribunal informará a las personas mencionadas en 2 par. 1 y 3 par. 2, que podrán:

1º Ser aconsejadas por un abogado antes de aceptar la oferta restaurativa.

2º Ser asistidas por un abogado a partir del momento o del acuerdo al que hayan llegado las personas señaladas en 2 par. 1 y 3 par. 2.

Art. 37 ter.

§ 1er. Le juge ou le tribunal fait parvenir une copie de sa décision au service de médiation ou au service de concertation restauratrice en groupe, reconnu par les autorités compétentes, organisé par les communautés ou répondant aux conditions fixées par celles-ci. Ce service est chargé de mettre en oeuvre l'offre restauratrice.

§ 2. Si les personnes visées à l'article 37bis, § 2, alinéa 1er, et § 3, alinéa 2, ne prennent pas contact, dans les huit jours ouvrables à partir de la proposition du tribunal, avec le service de médiation ou le service de concertation restauratrice en groupe, ce service prend contact avec les personnes citées pour leur faire une offre restauratrice.

§ 3. Le service de concertation restauratrice en groupe contacte, en concertation avec les personnes visées à l'article 37bis, § 3, alinéa 2, les personnes de leur entourage social et toutes autres personnes utiles. Le service de médiation peut, moyennant l'accord des personnes visées à l'article 37bis, § 2, alinéa 1er, impliquer d'autres personnes ayant un intérêt direct à la médiation.

Traducción art. 37 ter.

§1. *El juez o tribunal hará llegar una copia de su decisión al servicio de mediación o al servicio de concertación restaurativa grupal, reconocido por las autoridades competentes, organizado por las comunidades o que cumpla con las condiciones fijadas por estas. Este servicio será el encargado de realizar la oferta restaurativa.*

§2. *Si las personas mencionadas en el artículo 37bis, §2 párrafo 1er, y §3 párrafo 2, no pusieran en contacto con el servicio de mediación o con el servicio de concertación restaurativa en los siguientes 8 días laborales tras la propuesta del tribunal, el servicio contactará con las personas citadas para realizar una oferta restaurativa.*

§3. *El servicio de concertación restaurativa grupal, contactará junto con las personas previstas en el artículo 37bis, §3, párrafo 2, las personas de su entorno social así como otras personas que puedan ser de utilidad.*

El servicio de mediación, podrá mediante acuerdo con las personas previstas en el artículo 37bis, §2, párrafo 1º, implicar a otras personas que tengan un interés directo en la mediación.

Art. 37 quáter.

§ 1er. Si la médiation ou la concertation restauratrice en groupe mène à un accord, l'accord, signé par la personne qui est présumée avoir commis un fait qualifié infraction, par les personnes qui exercent l'autorité parentale à son égard ainsi que par la victime, est joint au dossier judiciaire.

En cas de concertation restauratrice en groupe, une déclaration d'intention de la personne qui est présumée avoir commis un fait qualifié infraction est également insérée. Elle y explique les démarches concrètes qu'elle entreprendra en vue de restaurer les dommages relationnels et matériels et les dommages subis par la communauté et d'empêcher d'autres faits dans le futur.

L'accord obtenu doit être homologué par le juge ou le tribunal. Celui-ci ne peut modifier son contenu. Le juge ou le tribunal ne peut refuser l'homologation que si l'accord est contraire à l'ordre public.

§ 2. Si l'offre restauratrice n'aboutit pas à un accord, les autorités judiciaires ou les personnes concernées par l'offre restauratrice ne peuvent utiliser ni la reconnaissance de la matérialité du fait qualifié infraction par la personne présumée d'avoir commis un fait qualifié infraction, ni le déroulement ou le résultat de l'offre restauratrice en défaveur du jeune.

Le service de médiation ou de concertation restauratrice en groupe établit un rapport succinct sur le déroulement de l'offre restauratrice en groupe et sur son résultat. Ce rapport

est soumis à l'avis des personnes visées à l'article 37bis, § 2, alinéa 1er et § 3, alinéa 2. Il est joint au dossier de la procédure.

§ 3. Les documents établis et les communications faites dans le cadre d'une intervention du service de médiation ou de concertation restauratrice en groupe sont confidentiels, à l'exception de ce que les parties consentent à porter à la connaissance des autorités judiciaires. Ils ne peuvent être utilisés dans une procédure pénale, civile, administrative ou arbitrale ou dans toute autre procédure visant à résoudre des conflits et ne sont pas admissibles comme preuve, même comme aveu extrajudiciaire.

Traducción art. 37 quáter.

§1. Si la mediación o la concertación restaurativa grupal alcanzarán un acuerdo, el acuerdo, firmado por la persona sospechosa de haber cometido un hecho calificado de infracción, por las personas que ejercen la patria potestad, así como por la víctima, será adjuntado al dossier judicial.

En el caso de la concertación restaurativa grupal, explicará que pasos concretos que dará para reparar los daños relacionales y materiales y los daños sufridos por la comunidad y para evitar otros en el futuro.

El acuerdo alcanzado deberá ser homologado por el juez o tribunal. Su contenido no podrá. El juez o tribunal sólo podrá rechazar la homologación si es contraria al orden público.

§2. Si la oferta restaurativa no finalizase con un acuerdo, las autoridades judiciales o las personas relacionadas con la oferta restaurativa no podrán utilizar en contra del joven ni el reconocimiento de la materialidad del hecho cualificado de infracción, ni el desarrollo o el resultado de la oferta restaurativa.

El servicio de mediación o de concertación restaurativa grupal realizará un sucinto informe sobre el desarrollo de la oferta restaurativa grupal y su resultado.

Dicho informe será sometido a la opinión de las personas previstas en el artículo 37bis, §2, párrafo 1º y §3, párrafo 2. Será adjuntado al dossier del proceso

§3. Los documentos establecidos y las comunicaciones realizadas en el marco de una intervención del servicio de mediación o de concertación restaurativa grupal son confidenciales, con excepción de aquellos que las partes decidan poner en conocimiento de las autoridades judiciales. No podrán utilizarse en un procedimiento penal, civil, administrativo o arbitral ni en cualquier otro procedimiento destinado a resolver conflictos y tampoco serán admisibles como prueba, ni siquiera en el ámbito extrajudicial

Art. 37 quinquies.

§ **1er.** Le service de médiation ou le service de concertation restauratrice en groupe établit un rapport succinct sur l'exécution de l'accord et l'adresse au juge ou au tribunal ainsi qu'au service social compétent.

§ **2.** Si l'exécution de l'accord selon les modalités prévues intervient avant le prononcé du jugement, le tribunal doit tenir compte de cet accord et de son exécution.

§ **3.** Si l'exécution de l'accord selon les modalités prévues intervient après le prononcé du jugement, le tribunal peut être saisi sur la base de l'article 60 en vue d'alléger la ou les mesures définitives ordonnées à l'encontre de la personne ayant commis un fait qualifié infraction.

Traducción art. 37 quinquies.

§1. *El servicio de mediación o el servicio de concertación restaurativa grupal realizará un sucinto informe sobre la ejecución del acuerdo y lo remitirá al juez o tribunal y al servicio social competente.*

§2. *Si la ejecución o el acuerdo de las modalidades previstas, tiene lugar antes de la pronunciación del fallo, el tribunal deberá tener en cuenta dicho acuerdo y su ejecución.*

§3. *Si la ejecución del acuerdo de las modalidades previstas tiene lugar tras la pronunciación del fallo, el tribunal podrá actuar sobre la base del artículo 60 en vista a aligerar la o las medidas adoptadas contra de la persona que haya cometido un hecho cualificado de infracción.*

C) Normatiba belga citada

A continuación, se presenta una relación de la normativa belga y de otras disposiciones citadas en el Capítulo II, como circulares o textos prelegislativos:

- Accord de coopération du 13 décembre 2006 entre l'Etat fédéral, la Communauté flamande, la Communauté germanophone et la Commission communautaire commune portant sur l'organisation et le financement de l'offre restauratrice visée à la loi du 8 avril 1965 relative à la protection de la jeunesse, à la prise en charge des mineurs ayant commis un fait qualifié infraction et à la réparation du dommage causé par ce fait, **M.B., 13 juillet, pp. 38309-38314.**
- Accord de Gouvernement, **Doc. Parl., Sénat, 224/1 S.E. 1991-1992.**
- Arrête royal du 6 octobre 1994 portant les mesures d'exécution concernant les travaux d'intérêt général et la formation, **M.B., 15 octobre 1994.**
- Arrête royal du 24 octobre 1994 portant les mesures d'exécution concernant la procédure de médiation pénale, **M.B., 1er novembre 1994.**
- Arrête royal du 17 novembre 1994 portant création des grades de qualification particulière dans les parquets des cours et tribunaux et en fixant le statut, **M.B., 2 décembre 1994.**
- Arrête royal du 13 juin 1999 portant organisation du Service des Maisons de justice du Ministère de la justice, **M.B., 19 juin 1999.**
- Arrête royal du 26 janvier 2006 fixant les critères d'agrément des services de médiation visés à l'article 554, 1er, du Code d'Instruction criminelle, **M.B., 1 février 2006.**
- Arrête royal du 26 janvier 2006 réglant la composition et le fonctionnement de la Commission Déontologique Médiation visée à l'article 554, 2 du Code d'Instruction criminelle, **M.B. 1 février 2006.**
- Circulaire ministérielle du 15 janvier 1997 reconnaissance de la victime dans le cadre de l'exécution des peines (Administration des Etablissements pénitentiaires service de cas individuels et des Grâces), **M.B., 15 janvier 1997.**
- Circulaire Ministérielle n°1719 du 4 octobre 2000 sur consultants en justice réparatrice.
- Circulaire ministérielle n°1/2007 relative aux lois des 15 mai 2006 et 13 juin 2006 modifiant la législation relative à la protection de la jeunesse et la prise en charge de mineurs ayant commis un fait qualifié infraction, **M.B., 8 mars 2007.**

- Code d’instruction criminelle de 1808, **M.B., 26 décembre 1808**. Última modificación el 9 de julio de 2014.
- Code pénale du 8 juin 1867, **M.B., 9 juin 1867**. Última modificación 26 de agosto de 2015.
- Décret de la Communate Flamande du 28 mars 1990 modifiant le décret du 27 juin 1985 relatif à l’assistance spéciale à la jeunesse, **M.B., 7 avril 1990**.
- Décret de la Communauté française du 4 mars 1991 relatif à l’Aide à la Jeunesse, **M.B., 12 juin 1991**.
- Loi du 8 avril 1965 relative à la protection de la jeunesse, à la prise en charge des mineurs ayant commis un fait qualifié infraction et à la réparation du dommage cause par ce fait, **M.B 15., avril 1965**.
- Loi du 8 aout 1980, Loi spéciale de réformes institutionnelles, **M.B., 15 aout 1980**.
- Loi du 10 février 1994 organisant une procédure de médiation pénale, **M.B., 27 avril 1994**.
- Loi du 12 janvier 2005 de principes concernant l’administration pénitentiaire et le statut des détenus, **M.B., 1 février 2005**.
- Loi du 22 juin 2005 introduisant des dispositions relatives à la médiation dans le Titre préliminaire du Code de procédure pénale et dans le Code d’instruction criminelle, **M.B., 27 juillet 2005**.
- Loi du 22 juin 2005 modifiant l’article 216ter du Code d’instruction criminelle en vue de réintroduire le travail d’intérêt général dans le cadre de la médiation pénale, **M.B., 27 juillet 2005**.
- Loi du 15 mai 2006 modifiant la loi du 8 avril 1965 relative á la protection de la jeunesse, le Code d’instruction criminelle, le Code pénal, le Code civil, la nouvelle loi communale et la loi du 24 avril 2003 réformant l’adoption, **M.B., 2 juin 2006**.
- Loi du 13 juin 2006 modifiant la législation relative à la protection de la jeunesse et à la prise en charge des mineurs ayant commis un fait qualifié infraction, **M.B., 19 juillet 2006**.
- Loi du 7 mai 1999 modifiant certains dispositions du Code pénal, du Code d’instruction criminelle, de la loi du 17 avril 1878 contenant le titre préliminaire du Code de procédure pénale, de la loi du 9 avril 1930 de défense sociale à l’égard des anormaux et des délinquants d’habitude, remplacée par la loi du 1er juillet 1964, de la loi du 29 juin

1964 concernant la suspension, le sursis et la probation, de la loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive, de la loi du 5 mars 1998 relative à la libération conditionnelle et modifiant la loi du 9 avril 1930 de défense sociale à l'égard des anormaux et des délinquants d'habitude, remplacée par la loi du 1er juillet 1964, **M.B., 29 juin 1999.**

- Projet de loi introduisant des dispositions relatives à la médiation dans le Titre préliminaire du Code de Procédure pénale et dans le Code d'Instruction criminelle, Exposé des motifs, **Doc. Parl., Sénat doc. 51 1562/001.**
- Projet de loi introduisant des dispositions relatives à la médiation dans le Titre préliminaire du Code de Procédure pénale et dans le Code d'Instruction criminelle. Rapport fait au nom de la Commission de la justice par Mme Laloy.
- Projet de loi modifiant la législation relative à la protection de la jeunesse et à la prise en charge des mineurs ayant commis un fait qualifié infraction, rapport fait au nom de la Commission de la Justice par Mme Laloy, **Doc. parl., Sén., session 2005-2006, n°3- 1312/7 du 22 mars 2006.**
- Projet de loi organisant une procédure de médiation pénale, Exposé des motifs, **Doc. Parl., Sénat, 652/1, 1992-1993.**
- Projet de loi organisant une procédure de médiation pénale, Rapport fait au nom de la Commission Justice du hSénat par M. Erdman, Doc. **Parl., Sénat, 652/2, 1992-1993.**
- Projet de loi modifiant la législation relative à la protection de la jeunesse et à la prise en charge des mineurs ayant commis un fait qualifié infraction, Doc. Parl., Ch. Repr., session 2004-2005, **Doc 51 1467/001 du 29 novembre 2004.**

JURISPRUDENCIA CITADA

Relación de resoluciones principalmente del Tribunal Supremo y de Audiencias Provinciales citadas en el Capítulo IV.

SENTENCIAS TRIBUNAL SUPREMO:

STS Sala de lo penal (Sección 1ª) 770/2013 de 22 de octubre
STS Sala de lo penal (Sección 1ª) 1018/2013 de 17 de diciembre
STS Sala de lo penal (Sección 1ª) 199/2014 de 4 de febrero
STS Sala de lo penal (Sección 1ª) 104/2014 de 14 de febrero
STS Sala de lo penal (Sección 1ª) 100/2014 de 18 de febrero
STS Sala de lo penal (Sección 1ª) 105/2014 de 19 de febrero
STS Sala de lo penal (Sección 1ª) 249/2014 de 14 de marzo
STS Sala de lo penal (Sección 1ª) 325/2014 de 16 de abril
STS Sala de lo penal (Sección 1ª) 399/2014 de 8 de mayo
STS Sala de lo penal (Sección 1ª) 384/2014 de 12 de mayo
STS Sala de lo penal (Sección 1ª) 372/2014 de 15 de mayo
STS Sala de lo penal (Sección 1ª) 532/2014 de 28 de mayo
STS Sala de lo penal (Sección 1ª) 489/2014 de 10 de junio
STS Sala de lo penal (Sección 1ª) 569/2014 de 14 de junio
STS Sala de lo penal (Sección 1ª) 616/2014 de 25 de septiembre
STS Sala de lo penal (Sección 1ª) 616/2014 de 25 de septiembre

SENTENCIAS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA:

STSJ de Aragón (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª) 2/2014 de 11 de junio

STSJ de Andalucía, Granada (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª) 29/2014 de 28 de noviembre

SENTENCIAS AUDIENCIAS PROVINCIALES:

SAP de Navarra (Sección 2ª) 1/2014 de 3 de enero

SAP de Tarragona (Sección 2ª) 41/2014 de 27 de enero

SAP de Islas Baleares (Sección 2ª) 31/2014 de 25 de febrero

SAP de Madrid (Sección 7ª) 103/2014 de 27 de marzo

SAP de Gipuzkoa 100/2014 de 31 de marzo

SAP de Santa Cruz (Sección 5ª) 214/2014 de 2 de junio

SAP de Bizkaia (Sección 6ª) 90281/2014 de 3 de junio

SAP de A Corruña 376/2014 de 18 de junio

SAP de Barcelona (Sección 5ª) de 25 de junio

SAP de Madrid (Sección 7ª) 466/2014 de 21 de julio

SAP de Castellón (Sección 1ª) 324/2014 de 17 de septiembre

SAP de Madrid (Sección 23ª) 859/2014 de 18 de septiembre

SAP de Santa Cruz de Tenerife 355/2014 de 22 de septiembre

SAP de Madrid 361/2014 de 19 de septiembre

SAP de Albacete (Sección 1ª) 375/2014 de 31 de octubre

SAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 6ª) 511/2014 de 20 de noviembre

SAP de Madrid (Sección 2ª) 807/2014 de 5 de diciembre

SENTENCIA JUZGADO DE LO PENAL:

SJP nº 7 de Valencia 3/2014 de 7 de enero

