

## La justicia restaurativa y el art. 15 del Estatuto de la víctima del delito ¿un modelo de justicia o un servicio para la víctima?

Paz FRANCÉS LECUMBERRI

Facultad de Derecho. Dpto D° Público.

Universidad Pública de Navarra

Profra. Ayudante Doctor Universidad Pública de Navarra

Campus Arrosadia s/n CP 31006 Pamplona/Iruñea (Navarra)

[paz.frances@unavarra.es](mailto:paz.frances@unavarra.es)

**RESUMEN:** En este trabajo se analizan las implicaciones que tiene el hecho de que el Estatuto de la víctima del delito recoja la Justicia Restaurativa como un servicio para la víctima y más en concreto su impacto por la forma en que se prevé en la norma dicho servicio (art. 15 EV). Para ello, en primer lugar, se hará una introducción acerca del propio concepto de Justicia Restaurativa así como se analizará el preámbulo del Estatuto. Posteriormente, se analizará con detenimiento el art. 15 EV en algunos de sus puntos, concretando qué significan los siguientes conceptos: adecuada reparación material y moral derivada del delito; significado de los hechos esenciales; consentimiento e información para el inicio del proceso; y por último, contenido de los principios rectores. El trabajo culmina dando respuesta a la pregunta que se lanza en el título del trabajo ¿es la justicia restaurativa un modelo de justicia o un servicio para la víctima?, planteando ciertas propuestas de interpretación del art. 15 EV y otras de *lege ferenda*. Se considera que la justicia restaurativa es un modelo de justicia y por tanto se critica el modo en que el legislador ha introducido el art. 15 en nuestro ordenamiento jurídico, con una carencia de marco conceptual claro y en lo que se intuye, muy lejano al proclamado cambio de paradigma que se pretende con el modelo de Justicia Restaurativa.

**PALABRAS CLAVE:** Justicia Restaurativa, víctima, pena, derechos, reparación, modelo de justicia.

**ABSTRACT:** In this paper we analyze the implications that the Crime Victim Statute includes as a service of Restorative Justice for the victim and more specifically its impact in the way in which the provision is envisaged in the service (Article 15 EV). To do this, firstly, an introduction will be made about the concept of Restorative Justice itself and the preamble to the Statute will be analyzed. Subsequently, art. 15 EV in all its points, specifying what the following concepts mean: adequate material and moral reparation derived from the crime; Meaning of essential facts; Consent and information for the beginning of the process; And finally, content of the guiding principles. The work culminates in answering the question in the title of the work: is restorative justice a model of justice or a service for the victim? Restorative justice is considered a model of justice and therefore criticizes the way in which the legislator has introduced art. 15 in our legal system, with a lack of clear conceptual framework and what is intuited, very far from the proclaimed paradigm shift that is intended with the Restorative Justice model.

**KEY WORDS:** Restorative justice, victim, penalty, rights, reparation, model of justice.

**SUMARIO:** 1.- LA JUSTICIA RESTAURATIVA, LA MEDIACIÓN PENAL Y LA ATENCIÓN A LA VÍCTIMA EN LA LEY 4/2015 DEL ESTATUTO DE LA VÍCTIMA DEL DELITO; 1.1. La justicia Restaurativa; 1.2. La mediación penal; 1.3. La atención a la víctima; 2.- EL ART. 15 EV. ELEMENTOS FUNDAMENTALES Y CRÍTICAS; 2.1. Cuestiones previas; 2.2. Sobre la finalidad de obtener una adecuada reparación material y moral derivada del delito; 2.3. Sobre el significado de los “hechos esenciales”; 2.4. El consentimiento informado y los principios rectores del proceso; 3.- CONCLUSIONES, PROPUESTAS DE INTERPRETACIÓN Y MEJORAS DE *LEGE FERENDA*; 3.1. Conclusiones generales acerca de la concepción de la justicia restaurativa en el EV; 3.2. Recapitulando: Propuestas de interpretación del art. 15 EV; 3.3. Propuestas de *lege ferenda*; 4.- BIBLIOGRAFÍA

# 1.- LA JUSTICIA RESTAURATIVA, LA MEDIACIÓN PENAL Y LA ATENCIÓN A LA VÍCTIMA EN LA LEY 4/2015 DEL ESTATUTO DE LA VÍCTIMA DEL DELITO

## 1.1 La justicia restaurativa

Probablemente la justicia restaurativa sea una de las perspectivas de justicia penal más novedosas de los últimos 50 años<sup>1</sup> y por ello, acerca de este modelo de justicia, se han escrito infinidad de textos académicos venidos de muy distintas disciplinas. Por tanto, en este apartado, tan solo se expondrán algunas de las ideas fundamentales en torno a ella para poder abordar, después, cómo se recoge el modelo en el ordenamiento jurídico español y más en concreto en la Ley 4/2015 del Estatuto de la Víctima del delito.

En occidente, la justicia restaurativa, nace como un movimiento cultural afinado con la idea general de la cultura de paz y alimentado por una crisis del modelo de justicia penal preponderante y más en concreto surge de la mano de los movimientos cercanos a la victimología y al abolicionismo penal<sup>2</sup>. Sin embargo, las raíces de la justicia restaurativa no son exclusivas espaciotemporalmente de la cultura occidental del último siglo. De hecho, desde la antropología, se han dedicado importantes esfuerzos en el descubrimiento de culturas donde las lógicas de abordaje del delito no eran las tradicionales basadas en el binarismo delito/sanción. En comunidades africanas, centro africanas, de la amazonia y nueva Zelanda se han sucedido expresiones fundamentadas en el ideal de la justicia restaurativa. La justicia restaurativa tiene, por tanto, antecedentes lejanos que estuvieron,

---

<sup>1</sup> (Donini, 2015, pág. 2) (Mannozi, 2011, pág. 48) incluso habla de fenómeno social y cultural “Nacida de una crisis sin precedentes del Derecho penal, se ha convertido en algo más que un instrumento extrajudicial de resolución de conflictos, convirtiéndose en todo un fenómeno social”.

<sup>2</sup> (Mannozi, 2011, pág. 39) (Vezzadini, 2003, pág. 29) la victimología y la preocupación por la víctima seguramente han sido los fenómenos que más han determinado el nacimiento de la justicia restaurativa.

Por su parte (Varona Martínez, 2013, pág. 62) considera que “La justicia restaurativa constituye un concepto complejo y, en ocasiones equívoco. Su origen concreto se encuentra en la innovación en la respuesta a las infracciones penales poco graves cometidas por menores en Norteamérica en los años setenta, vinculada al movimiento menonita. Surgió de la insatisfacción de los profesionales y voluntarios relacionados con el sistema de justicia penal de menores”. Considerando que en la Justicia Restaurativa coexisten diferentes movimientos sociales (Varona Martínez, 1998, págs. 139-142) (Highton, Alvarez, & Gregorio, 1998, pág. 20) (Martínez Escamilla, 2008, pág. 466) (Bea, 2013, pág. 197)

y en algunos territorios todavía están, muy presentes como en la cultura Mapuche, la Mahorí o en cultura Wayúu<sup>3</sup>.

Si atendemos a occidente, en un vistazo rápido, nos encontramos con que la venganza privada progresivamente fue perdiendo su hegemonía cuando en la Edad Media los reyes comenzaron a detentan el poder de otorgar justicia, también la penal<sup>4</sup>.

El castigo, se empezó a vincular al concepto de poder (*potere*, tener expedita la facultad o potencia de hacer algo) y con la ilustración el *Ius puniendi* (poder y derecho de castigar) pasó a ser una prerrogativa del Estado. Por tanto, primero fue del rey, y luego del Estado, quien relegó a la víctima en un segundo plano, en lo que se consideró era un paso a una pretendida humanización de las penas y la eliminación del concepto de venganza.

En el nuevo modelo penal, las partes eran el Estado y el delincuente. Sin embargo, la violencia y la lógica del castigo eran el pilar del concepto de pena (dolor, tormento)<sup>5</sup>.

No es este el lugar para desarrollar las distintas teorías en torno a los fines y funciones de la pena: retributiva, prevención general (positiva y negativa) y resocializadoras, las cuales no han aparecido progresivamente en el tiempo, sino que más bien han concurrido entre ellas, se han retroalimentado, avanzado y retrocedido. Sin embargo, para contextualizar mínimamente las teorías restaurativas o reparadoras se debe nombrar, al menos, esta circunstancia y cómo precisamente el fracaso de esta concepción del Derecho penal -en sus distintas versiones y fines y funciones que la contienen- ligada como siempre ha

---

<sup>3</sup> Entre otros (Vezzadini, 2003, pág. 29) Incluso antes, por ejemplo, el Código de Hammurabi (1700 AC) preveía la restitución o preparación para los delitos contra la propiedad. También la Ley Romana de las XII Tablas (449 AC) establecía que los ladrones condenados pagasen el doble del valor de los bienes robados, el ladrón debía pagar tres veces su valor si los bienes se descubrían en su casa y cuatro si obstaculizaba su descubrimiento. La Lex Salica (496 DC) incluía sanciones restitutivas para algunos delitos, que iban del homicidio al hurto. (Gatti & Marugo, 1995)

<sup>4</sup> (Gatti & Marugo, 1995) Un ejemplo muy claro fue el de Guillermo I Rey de Inglaterra que recurrió al proceso legal para incrementar su poder político. De este modo, su hijo Enrique I aprobó las leyes que daban el control sobre ciertos delitos como “delitos contra la paz del rey, el incendio, el robo, el homicidio, la falsificación de monedas y de crimines violentos”.

<sup>5</sup> En este sentido (Freud, 1982, pág. 3207) en su carta a Einstein, señala: “El Derecho (...) sigue siendo una violencia pronta a dirigirse contra cualquier individuo que le haga frente; trabaja con los mismos medios, persigue los mismos fines; la diferencia sólo reside, real y efectivamente, en que ya no es la violencia de un individuo la que se impone, sino la de la comunidad”.

estado a la lógica delito/castigo, se comenzó a pensar en un modelo de justicia necesariamente distinto.

En la actualidad la idea retributiva de la pena (conjuntamente con la prevención general, ya que en solitario es repudiada por la mayor parte de la dogmática) y las finalidades tratamentales siguen siendo las más extendidas y defendidas, a pesar de la crisis en las que se ven sumidas.

En este contexto, por su parte, la justicia restaurativa se aleja de la idea del delito como mera violación de una norma jurídica<sup>6</sup> y enviste frontalmente al sistema sancionatorio penal porque pretende superar este esquema de castigo<sup>7</sup>. Básicamente, a través de la justicia restaurativa, se pretende abordar el delito entendido como un conflicto entre las partes<sup>8</sup> (sean personas físicas, jurídicas o colectividad) llegando a la pacificación desde otros lugares que no son el castigo, la culpa o la pena, sino desde el diálogo y la reparación. Esta concepción ha promovido un cambio cultural tan significativo que sus efectos han resonado inmediatamente en su lenguaje: de un lenguaje intrínsecamente autoritario y funcionalmente impositivo se ha pasado a introducir un lenguaje fundamentalmente empático y funcionalmente cooperativo<sup>9</sup>.

Primordialmente, lo que acontece es que desde una respuesta en la que la persona es un objeto sobre el cual recae una pena<sup>10</sup>, en sintonía con la concepción retributiva, se pasa a otra en que la reparación se convierte en una oportunidad para la pacificación social<sup>11</sup>. La lógica que propende la justicia restaurativa no sería la de duplicar el mal o el dolor<sup>12</sup>, que es lo que supone la pena, sino la de resolver un conflicto en distintas dimensiones:

---

<sup>6</sup> (Mannozi, 2011, pág. 40)

<sup>7</sup> (Eusebi, 2015, pág. 101)

<sup>8</sup> (Vezzadini, 2003, págs. 19-20) “Es cierto que la víctima y autor constituyen la diada de la que tiene origen el delito (...) los roles de víctima y criminal no son necesariamente antagonistas, frecuentemente esos son precisamente complementarios, o, incluso, intercambiables”.

<sup>9</sup> (Mannozi, 2011, pág. 42)

<sup>10</sup> (Veronesi, 2013, pág. 227) La detención está en sintonía con la idea del hombre como instrumento y no como persona; en cuanto “medio” –y por tanto “objeto”- el hombre puede ser excluido, alejado, eliminado, como se hace con cualquier utensilio de trabajo”.

<sup>11</sup> (Mannozi, 2011, pág. 52)

<sup>12</sup> Así (Donini, 2015, pág. 2) Afirma que el derecho penal supone una duplicación del mal. La lógica del Derecho penal por el que la persona que comete un delito sufrirá una pena proporcional al mal y entonces ese mal se retorcerá y duplicará contra él. Esto es la pena. En un sentido similar sobre cómo se multiplica el dolor en el proceso penal y con la pena: (Ríos Martín, Pascual Rodríguez, & Bibiano Guillén, 2006)

privada, para con la víctima; social, para con la comunidad. De este modo, estoy con DONINI<sup>13</sup> cuando afirma que la Justicia Restaurativa es mucho más que una serie de previsiones en la legislación de atenuantes de reparación del daño, que la previsión de beneficios suspensivos de la pena, el indulto, atenuantes de otro tipo en caso de reparación del daño etc<sup>14</sup>. Y es mucho más que esto porque las anteriores son lógicas puramente instrumentales de colaboración procesal, de recuperación económica, de beneficios otorgados a la confesión o delación de otra persona<sup>15</sup>. En otras palabras, la justicia restaurativa tiene como finalidad primera la de cambiar la propia concepción de pena<sup>16</sup> y propende ser un modelo filosófico penal distinto y “alternativo” a la idea de pena de los últimos tres siglos.

Uno de los riesgos inherentes a cualquier propuesta o modelo que se propone es el ser utilizado para finalidades distintas para las que había sido pensado. Precisamente esto es lo que le ha sucedido progresivamente a la Justicia Restaurativa en el ordenamiento jurídico español. En primer lugar porque nunca se ha asumido la verdadera alternatividad de este modelo de justicia y se ha optado por ir introduciéndolo a través de distintos proyectos pilotos a lo largo de la geografía española, como un complemento a la justicia tradicional pero además sin venir acompañado de orientaciones político-criminales que

---

<sup>13</sup> (Donini, 2015, pág. 5)

<sup>14</sup> La reparación directa tomó reconocimiento por primer vez en Inglaterra en 1970 con la aprobación del la Advisory Council on the Penal System, con una relación con la Reparation by the Offender, convertido en la Criminal Justice Act del 1972 por la que se daba al juez la potestad de aplicar la reparación como pena añadida a otras sanciones. La Criminal Justice Act del 1982 por primera vez introdujo el principio per el que la reparación puede ser la única pena impuesta. En USA los programas de reparación iniciaron con la Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention, del 1978. EEUU Victim Offender Mediation, mediación y víctima del delito se inició con un proyecto inicial denominado VORPs Victim Offender Mediation Projects (VORPs) en todo Norte América que tenía como propósito el ofrecer un método alternativo para el tratamiento de la criminalidad, ofreciendo a la víctima y ofensor la oportunidad de reconciliarse, definiendo un acuerdo de reparación del daño que fuese recíprocamente satisfactorio con la ayuda de una tercera parte.

<sup>15</sup> (Donini, 2015, pág. 7 ss) La justicia restaurativa es pasar de una pena sufrida que quita la dignidad a un modelo que implica un comportamiento activo por parte de la persona

Pág. 14 y ss hace una propuesta dogmática en el que “el delito reparado” sería un título autónomo que se situaría al lado de la categoría de la tentativa del delito. Por otro lado plantea un marco para cada delito de la parte espacial pero no pensado como atenuante sino en clave de resolución del conflicto.

<sup>16</sup> Así (Varona Martínez, 2013, pág. 64) “Algunos estudios se han centrado en las posibilidades de reformular las teorías de la responsabilidad penal desde el marco restaurativo, para que puedan ser utilizadas en el marco del proceso penal, distinguiendo entre responsabilidad (responsibility) y asunción de la responsabilidad como compromiso y resultado hacia la reparación de un daño a una persona concreta (accountability) sin que se funcione en la práctica como una variante meramente punitiva”.

avalasen sus bases filosóficas. Precisamente uno de los focos de debate más importantes que históricamente se han planteado en torno al modelo, es precisamente si se concibe como alternativo o complementario. En un segundo momento, porque cuando definitivamente se ha introducido la justicia restaurativa en nuestro ordenamiento jurídico la LO 4/2015 de 27 de abril del Estatuto de la Víctima del delito, se ha hecho como un recurso a la víctima. Esta orientación, conjuntamente con otras previsiones del mismo texto normativo, permite afirmar que una buena parte de las pretensiones que teóricamente trae la Justicia Restaurativa han sido aniquiladas por esta previsión, como veremos en las páginas siguientes de este trabajo.

Desde este momento se da respuesta a la pregunta que se lanza en el título para después justificarla más detenidamente: clara y subrepticamente, el Estatuto de la Víctima ha cooptado el concepto de Justicia restaurativa como modelo de justicia, en beneficio de una concreta política-criminal, nombrando la justicia restaurativa como un servicio para la víctima.

Así, en el apartado IV del preámbulo se puede observar de forma palmaria que el legislador entiende la Justicia Restaurativa como un servicio para la víctima, y dice:

“El Título preliminar recoge un catálogo general de derechos comunes a todas las víctimas, que se va desarrollando posteriormente a lo largo del articulado y que se refiere tanto a los servicios de apoyo como a los de justicia reparadora que se establezcan legalmente, y a las actuaciones a lo largo del proceso penal en todas sus fases –incluidas las primeras diligencias y la ejecución–, con independencia del resultado del proceso penal”.

A pesar de esta previsión que trae una realidad que debe quedar desenmascarada, el hecho de que la justicia restaurativa nazca como un modelo de justicia integral va a permanecer quiera o no el legislador español. Precisamente esta cuestión es la que va a inspirar algunas de las propuestas de mejora e interpretación que se irán desarrollando en este trabajo.

## 1.2. La mediación

Una de las técnicas de resolución de conflictos más extendidas en el marco de la Justicia Restaurativa como modelo de justicia es la mediación penal. Las técnicas de resolución de conflictos en el ámbito del modelo de justicia restaurativo tienen como objetivo establecer procesos para llegar a acuerdos satisfactorios para las partes y en su caso para crear relaciones nuevas o restaurar relaciones perturbadas entre las partes después de la comisión de un hecho delictivo empleando como herramienta el diálogo y la comunicación. Las diferencias entre unas y otras son importantes, si bien la finalidad es siempre la misma: facilitar la resolución del conflicto. A modo de ejemplo, no son iguales la mediación y los círculos restaurativos. Sencillamente, la opción de utilizar una u otra técnica o modelo va a venir determinada por el tipo de conflicto frente al que nos encontremos y por las personas implicadas en, y/o afectadas por el conflicto. Es decir, después del análisis del conflicto que tendrán que llevar acabo las personas encargadas de conocer el conflicto, se ha de decidir qué instrumentos, métodos y herramientas van a permitir poder avanzar en el abordaje del mismo y estas pueden tener forma de proceso de mediación, facilitación, círculo restaurativo, etc. atendiendo al tipo de conflicto y a las personas implicadas.

En este trabajo no se prestará atención a los distintos instrumentos existentes para materializar la justicia restaurativa. Por un lado, porque llevaría mucho más espacio del que se dispone en estas páginas y, por otro, porque en relación al art. 15 ET, es claro que el legislador estaba pensando sólo en la mediación como forma de resolución de conflictos, ya que en varias ocasiones se refiere al “proceso de mediación” y a los “mediadores”. No obstante, y plasmando una más que evidente incoherencia, en términos generales el art. 15 EV se refiere al servicio de justicia restaurativa y no de mediación penal.

Esta primera decisión del legislador en la que al menos aparentemente se restringe el modo de intervención en la resolución de los conflictos a la mediación penal y donde se confunden términos, considero que amerita ser criticada. En primer lugar porque es necesario distinguir dos conceptos distintos que el legislador mezcla: justicia restaurativa,



sobre la que hemos dedicado las páginas anteriores, y mediación penal. En segundo lugar porque la persona que interviene en un conflicto ha de ser conocedora de muy distintas técnicas de abordaje de los conflictos y tener los conocimientos y competencias bastantes para poder utilizar unas y otras fórmulas dependiendo del caso.

Dedicaré a continuación un pequeño espacio para determinar algunas cuestiones importantes sobre la mediación, y más en concreto sobre la mediación penal. La mediación penal es la modalidad de intervención de un tercero mediador sobre situaciones de conflicto que han dado lugar a intervención judicial de carácter penal<sup>17</sup>. No necesariamente se produce entre víctima y agresor, es posible que ambas partes tengan el carácter de víctima y de agresor en sí mismas. Efectivamente con la mediación se trataría de reparar una situación anterior al delito entre quien ha cometido un delito y quien lo ha sufrido, pero con una estrategia muy concreta que es la intervención de la persona mediadora.

La mediación tiende a restituir a los sujetos-parte del conflicto reconociéndose el poder y la responsabilidad de decidir el destino de la situación que los confronta o separa. Así una de las características más importantes de esta técnica es que el acuerdo es propuesto únicamente por las partes intervinientes y no desde la persona mediadora. La persona mediadora es quien triangula la controversia, relanzando la posibilidad de salir de una situación en la cual ningún cambio puede ser propuesto de dentro porque la comunicación está bloqueada<sup>18</sup>, las estrategias de abordaje por las partes resultan infructuosas y tal vez las emociones impidan que inicialmente se pueda avanzar. Por tanto, será función de la persona mediadora desbloquear, traer información, recoger y trabajar las emociones, con unas técnicas concretas y regido por unos concretos principios, a los que haremos referencia más adelante. En definitiva, como se hace referencia en prácticamente toda la

---

<sup>17</sup> (Bouchard, 1992). En relación a la justicia y la mediación, entre otros V. ampliamente: (Gordillo Santana, 2007); (Palma Chazarra, 2007); (Ríos Martín, Pascual Rodríguez, & Bibiano Guillén, 2006) (Varona Martínez, La mediación reparadora, 1998).

<sup>18</sup>. (Mannozi, 2004, pág. 42)

literatura sobre mediación: el mediador será el puente entre las partes para resolver su conflicto<sup>19</sup>.

### 1.3. La atención a la víctima

El Estatuto de la Víctima del delito, dice el preámbulo, tiene la vocación de ser el catálogo general de los derechos, procesales y extraprocesales, de todas las víctimas de delitos<sup>20</sup>. Por tanto, el estatuto viene a establecer un concepto de víctima omnicompreensivo, por cuanto se extiende a toda persona que sufra un perjuicio físico, moral o económico como consecuencia de un delito. Las disposiciones del Estatuto serán de aplicación a las víctimas directas e indirectas. Conforme al art. 2 se considerará 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. Por su parte, se define víctima indirecta, en los casos de muerte o desaparición de una persona que haya sido causada directamente por un delito, salvo que se tratare de los responsables de los hechos, a las siguientes personas: 1.º 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

---

<sup>19</sup> Una expresión parecida utiliza (Lenzi, 2003, pág. 48) quien considera que con su ayuda se puede construir un puente o hacer una calle, un paseo que antes no existía.

<sup>20</sup> Para una valoración general sobre el Estatuto v. el trabajo de (Gómez Colomer, 2015, pág. 408) En concreto culmina el trabajo subrayando los algunos aspectos negativos y positivos de la ley. Entre los aspectos negativos: La ley no es integral, tanto en el sentido de que no contempla a todas las víctimas, lo sean o no del delito, como, centrándose en las víctimas del delito, en el de que no consigue la unificación normativa de las leyes y reglamentos que afectan a las víctimas del delito en España/ La ley no es clara, pues debería distinguir mejor, sobre qué normas se aplican las víctimas del delito que deciden ser parte en el proceso penal (en realidad esto no es muy problemático) y qué normas se aplican a las víctimas del delito que deciden no serlo, en donde está realmente el problema/Inadmisibles el coste cero/No se resuelve bien el problema de las víctimas numerosas/No se incardina con una nueva LECRIM/No está bien resuelto el choque de derechos constitucionales entre víctima y acusado, porque con la regulación actual en la mano, las víctimas, y en concreto, las víctimas especialmente vulnerables, parece que puedan estar en condiciones de obtener una posición jurídica superior a la del condenado, lo que podrán afectar a sus derechos constitucionales a la igualdad, a la contradicción, a la defensa, a la presunción de inocencia y a la rehabilitación social y resocialización, entre otros posibles./No está claro que el estatuto por sí solo garantice por sí mismo mejor la seguridad de la víctima. Entre los aspectos positivos: La víctima gana en dignidad, respeto y reconocimiento social/Se mejoran notablemente los derechos de las víctimas que no deseen ser parte en el proceso penal. Información, apoyo, participación, protección y reparación, van a ser a partir de ahora derechos más cercanos a la víctima que, por las respetables razones que tenga, no desea formar parte directa del proceso penal.

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 encontraran bajo su guarda y a las personas sujetas a su tutela o curatela o que se encontraran 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.

¿Cuáles son los derechos aplicables a las víctimas? En primer lugar el art. 3 recoge una verdadera declaración de intenciones y dispone que “toda víctima tiene derecho a la protección, información, apoyo, asistencia y atención, así como a la participación activa en el proceso penal y a recibir un trato respetuoso, profesional, individualizado y no discriminatorio desde su primer contacto con las autoridades o funcionarios, durante la actuación de los servicios de asistencia y apoyo a las víctimas y de justicia restaurativa, a lo largo de todo el proceso penal y por un período de tiempo adecuado después de su conclusión, con independencia de que se conozca o no la identidad del infractor y del resultado del proceso”.

Posteriormente los derechos se clasifican en tres grupos. El primero de ellos recoge los denominados derechos básicos, arts. 4 a 10. Son: derecho a entender y ser entendida; derecho a la información desde el primer contacto con las autoridades competentes; derechos de la víctima como denunciante; derecho a recibir información sobre la causa penal; período de reflexión en garantía de los derechos de la víctima; derecho a la traducción e interpretación; y derecho de acceso a los servicios de asistencia y apoyo.

El segundo grupo son los denominados derechos de participación de la víctima en el proceso penal, arts.11 a 18. Son: participación activa en el proceso penal; comunicación y revisión del sobreseimiento de la investigación a instancia de la víctima; participación de la víctima en la ejecución; reembolso de gastos; servicios de justicia restaurativa; justicia gratuita y devolución de bienes. El último grupo está compuesto por los derechos denominados de protección de las víctimas en los art. 19, 20 y 22 referidos al: derecho a

la protección; derecho a que se evite el contacto entre víctima e infractor; protección de la víctima durante la investigación penal y derecho a la protección de la intimidad.

En concreto, como ya se ha adelantado, la justicia restaurativa se encuentra recogida en el art. 15 EV y se presenta como un servicio para la víctima. A su contenido y previsión concreta me referiré en el siguiente apígrafe.

Considero que los planos en los que se ha querido transformar la mirada de la justicia hacia las víctimas han querido ser dos<sup>21</sup>. El primero a nivel afectivo y emocional ya que en la vida, las pérdidas y sus consiguientes duelos son una constante desde que nacemos hasta que morimos. Gestionar esa pérdida, gestionar ese conflicto es fundamental desde la perspectiva de la justicia restaurativa. En este marco son muchos los trabajos que sostienen la incorporación de la perspectiva restaurativa pensando precisamente en este cuidado y consideración hacia la víctima. Pero además en la perspectiva teórica de la justicia restaurativa, la noción de víctima viene a incluir, allí donde exista y sea reconocible, también a la comunidad que ha sido el escenario del conflicto, ya que la oferta de reparación se puede traducir en un hacer hacia la comunidad y no directamente y exclusivamente por la víctima del delito en el sentido del Estatuto de la Víctima del delito.

El segundo plano, está en la materialización en normas, modificaciones de la legislación y nuevas perspectivas en la práctica procesal así como con nuevas posiciones doctrinales.

Estas dos vertientes quisieron ser abordadas por la Directiva 2012/29/UE del Parlamento y del Consejo de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo, y también en la legislación Española, por la LO 4/2015 de 27 de abril del Estatuto de la Víctima del delito.

Sin embargo, cuando desde el marco teórico de la justicia restaurativa se hace referencia a los derechos de la víctima es necesario aclarar que con ello nunca se han pretendido

---

<sup>21</sup> Son los que ya nombraba (Ponti, 1995, pág. 3)

penas más severas, ni códigos más punitivos, prisiones más duras o eliminar beneficios de las personas condenadas. Con PONTI<sup>22</sup>, precisamente desde la noción de reparación, lo que se busca es que se deje de pensar la lógica del conflicto penal como mero castigo en donde la víctima será siempre más punitiva que el propio Estado ya que tiene sed de venganza y donde se escenifica que los derechos de las víctimas chocan frontalmente con los del infractor. Así también VARONA MARTÍNEZ afirma cómo las víctimas no tienen muchos derechos pero no derecho a dictar sentencias ni a intervenir de forma directa en las políticas penales y penitenciarias<sup>23</sup>.

A pesar de lo anterior una mirada al preámbulo de la LO 4/2015 del Estatuto de la víctima nos permite entender algunas opciones de política criminal asumidas por el legislador español. La primera de ellas se ha comentado anteriormente: introducir la justicia restaurativa nombrándola como un servicio para la víctima que como se verá se plasma de modo distinto en la normativa europea. La segunda la encontramos en el apartado VI del preámbulo “(...) 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.”

Se evidencia así la utilización de la justicia restaurativa para fines distintos de los que impulsa la propuesta: utilizar la prestación de este servicio para introducir elementos morales y sesgos subjetivos de la percepción del propio legislador respecto de las personas que comenten delitos. De este modo, también SERRANO HOYO<sup>24</sup> afirma que la actuación de estos servicios se concibe orientada a la víctima. Pero como apunta este mismo autor<sup>25</sup>, el hecho de poner en el centro la atención a la víctima no justifica la omisión del legislador de los efectos que la mediación tiene para el infractor desde el punto de vista sustantivo (hemos aludido a la atenuación de la responsabilidad penal) y desde el punto de vista procesal (la suspensión, el archivo, la conformidad, etc.).

---

<sup>22</sup> (Ponti, 1995, pág. 5)

<sup>23</sup> (Varona Martínez, 2013, pág. 61)

<sup>24</sup> (Serrano Hoyo, 2016, pág. 960)

<sup>25</sup> (Serrano Hoyo, 2016, pág. 969)

Efectivamente no lo justifica, pero sin duda es muy significativa y de alguna manera ha sesgado el resto de cuestiones que van a ser abordadas a continuación. Por eso, como se adelantaba anteriormente, esa tendencia ha de ser corregida con propuestas de interpretación y de desarrollo de la previsión en el art. 15 EV.

## **2.- EL ART. 15 EV. ELEMENTOS FUNDAMENTALES Y CRÍTICAS**

### **2.1. Cuestiones previas**

El art. 12 de la Directiva 2012/29/UE del Parlamento y del Consejo de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo, recoge el derecho a unas garantías en el contexto de los servicios de justicia reparadora. En primer lugar, este artículo, establece cómo los Estados miembros deberán adoptar medidas para proteger a la víctima contra la victimización secundaria o reiterada, la intimidación o las represalias, medidas que tendrán que ser tenidas en cuenta cuando se faciliten servicios de justicia reparadora. En este sentido se afirma que las víctimas que opten por participar en procesos de justicia reparadora deben tener acceso a servicios seguros y competentes, que han de cumplir, como mínimo, las condiciones siguientes:

- a) que se recurra a los servicios de justicia reparadora si redundan en interés de la víctima, atendiendo a consideraciones de seguridad, y se basan en el consentimiento libre e informado de la víctima; el cual podrá retirarse en cualquier momento;
- b) entrega de información exhaustiva e imparcial sobre la justicia reparadora y sus posibles resultados, así como sobre los procedimientos para supervisar los acuerdos adoptados;
- c) Reconocimiento de los elementos fácticos básicos del caso por parte del infractor;
- d) voluntariedad de todo el proceso y posibilidad de ser tenido en cuenta en cualquier otro proceso penal;

e) confidencialidad del proceso y garantía de que los datos no se difundirán posteriormente, salvo con el acuerdo de las partes o si así lo exige el Derecho nacional por razones de interés público superior.

Por su parte, el art. 15 EV recoge que las víctimas podrán acceder a servicios de justicia restaurativa, en los términos que reglamentariamente se determinen, con la finalidad de obtener una adecuada reparación material y moral de los perjuicios derivados del delito, cuando se cumplan los siguientes requisitos<sup>26</sup>:

- 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.

En el apartado segundo igualmente recoge que el proceso será confidencial y los datos obrantes no podrán ser difundidos sin el consentimiento de ambas partes. De este modo, 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.

---

<sup>26</sup> (Gómez Colomer, 2015, pág. 408) sobre la introducción de estos servicios afirma: “La aplicación de la Justicia reparadora o restaurativa mediante instituciones como la mediación penal debe acogerse positivamente con matices, pues si no se convierte en una mera posibilidad de instrumentalización privada de la Justicia, puede ayudar a resolver el problema más grave de la víctima y en la realidad práctica el único que le preocupa, que es el de su reparación. Puede contribuir también a diluir la venganza, si existiere, alejando un clásico argumento contrario a la participación de la víctima en el proceso penal”.

Por último, con respecto al consentimiento para participar en el proceso reparador, en el apartado 3 del art. 15, se reitera que la víctima y el infractor podrán revocar su consentimiento para participar en el procedimiento de mediación en cualquier momento.

Este artículo, como se puede observar en una primera mirada, recoge algunos de los elementos esenciales de la Directiva del 2012 y también pretende recoger la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre las Normas de *Probation*, adoptadas el 20 de enero de 2010 recoge un glosario final de los términos utilizados en dicha Recomendación y que afirma que la justicia restaurativa incluye perspectivas y programas basados en varias asunciones básicas:

- a) Que la respuesta a los delitos repare tanto como sea posible el daño sufrido por la víctima;
- b) Que se haga entender a los ofensores que su comportamiento no es aceptable y que ha producido consecuencias reales para la víctima y la comunidad. En este sentido que los ofensores pueden y deben asumir la responsabilidad de sus acciones;
- c) Que las víctimas tengan la oportunidad para expresar sus necesidades y para participar en la determinación de la mejor forma en que el ofensor puede reparar;
- d) Que la comunidad comparta la responsabilidad de contribuir en este proceso

Conviene subrayar que ni en la Directiva Europea ni en las previas recomendaciones del Consejo de Europa, la justicia restaurativa se ha enmarcado como un servicio para la víctima, más bien al contrario, se ha previsto dentro de las Normas de *Probation*, y las normas mínimas en contextos de los servicios de justicia reparadora, como servicio de justicia. Tampoco en ninguna de las normas europeas se pueden encontrar sesgos morales al estilo del Estatuto de la víctima del delito que afirma la superioridad moral de la víctima sobre el infractor, como ha hecho la legislación española.



Siguiendo con la regulación española, es también importante fijar que el antecedente VII del Real Decreto 1109/2015, de 11 de diciembre, por el que se desarrolla la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, y se regulan las Oficinas de Asistencia a las Víctimas, encomienda entre las funciones de las Oficinas de Asistencia a las víctimas aquellas relativas a las medidas de justicia restaurativa, como parte de la necesaria asistencia a las víctimas. Se debe aclarar que, ese encargo no es para materializar el servicio de mediación penal directamente desde las oficinas, sino que desde ellas se informará a la víctima y a la persona infractora sobre la posibilidad de aplicar medidas de justicia restaurativa, propondrán al órgano judicial la aplicación de la mediación penal cuando lo considere beneficioso para la víctima, y realizarán actuaciones de apoyo a los servicios de mediación extrajudicial. En este sentido se expresa el art. 37.

A continuación se analizará el art. 15 del EV en algunos extremos que considero especialmente importantes como son: qué significa la finalidad de obtener una adecuada reparación material y moral de los perjuicios derivados del delito, el significado de “hechos esenciales”, el concepto de consentimiento informado y por último haré una referencia a los principios rectores del proceso.

Si bien me centraré en estas cuestiones, no son las únicas problemáticas que plantea la regulación<sup>27</sup> ya que, como advierte SERRANO HOYO<sup>28</sup> “se trata de una exigua y ambigua regulación de los requisitos de acceso a los servicios o técnicas de justicia restaurativa y son muchas las cuestiones que tal precepto no resuelve”. Desde luego, hubiese sido el momento oportuno para la regulación de este modelo de justicia en el ámbito de la jurisdicción penal de adultos. En este sentido se está de acuerdo con GARCÍA RODRÍGUEZ<sup>29</sup> quien considera que una buena opción podría haber sido la de haber incluido en el texto del nuevo Estatuto, una remisión expresa a las normas establecidas en la Ley 5/2012, de

---

<sup>27</sup> Por ejemplo la cuestión acerca de sobre qué delitos se puede mediar y sobre cuáles no. Espero poder abordar esta cuestión en un trabajo posterior, pero adelanto que estoy con (Echano Basaldua, 2013, pág. 196) cuando advierte que no existen argumentos suficientes para establecer un elenco de delitos de forma taxativa *numerus clausus* y parece más acertado dejar abierta la mediación a todos los delitos.

<sup>28</sup> (Serrano Hoyo, 2016, pág. 960)

<sup>29</sup> (García Rodríguez, 2016, pág. 57)

6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, sobre lo que se volverá en el último epígrafe como propuesta de mejora.

## **2.2. Sobre la finalidad de obtener una adecuada reparación material y moral de los perjuicios derivados del delito.**

La primera de las previsiones del art. 15 EV es que las víctimas podrán acceder a servicios de justicia restaurativa con la finalidad de obtener una adecuada reparación material y moral de los perjuicios derivados del delito. Cabe por tanto preguntarse en qué términos debe ser entendida esta finalidad.

En general la reparación se confunde, con graves consecuencias, con la categoría del perdón. Efectivamente, como afirma ECHANO BASALDUA<sup>30</sup> la idea del perdón ha estado históricamente muy presente en el Derecho penal, fundamentalmente por la tradición judeocristiana<sup>31</sup>. Sin embargo, como afirma DUFRAIX TAPIA, desde algunas propuestas<sup>32</sup>, perdón y arrepentimiento se presentan como elementos metarracionales por medio de los cuales es posible llegar a una reconciliación entre víctimas y el victimario. Efectivamente esto puede ser así, pero no necesariamente.

Lejos de esta idea, la previsión del art. 15 EV, así como la Directiva Europea de 2012, se alejan de la idea de perdón o de una cierta vinculación entre reparación y ese concepto. El legislador ha optado, a mi consideración con acierto, por utilizar la expresión “adecuada reparación material y moral”. Cabe por tanto determinar, en primer lugar, el concepto de reparación.

---

<sup>30</sup> (Echano Basaldúa, 2002)

<sup>31</sup> (Piugiotto, 2013, pág. 253) “La tradición cristiana, que tanto ha importado de sí a la cultura occidental influenciando también a los ordenamientos jurídicos, presenta, de hecho, una relación compleja pero inequívoca con el concepto de pena. Para el cristiano la pena es, conjuntamente, una amenaza seria (el infierno) y el símbolo de la propia inmerecida posibilidad de salvación (la cruz). En la perspectiva cristiana la historia entera está remarcada, en los inicios, de la caída y del duro destino que la sigue (la muerte como castigo) y, a su fin, el *dies irae* (juicio final), cuyo efecto último podrá ser la condena eterna. Es en el origen de tal dimensión penal que del cristianismo reencontramos el concepto de culpa (el pecado original)”. Esto, por ejemplo, se ve muy claramente en Carnelutti quien identifica la pena con la penitencia, relacionado con el sufrimiento.

<sup>32</sup> (Dufraix Tapia, 2008, pág. 122)

La Real Academia Española de la lengua define la palabra reparación como “restablecimiento o renovación”, o en otra acepción como “desagravio, satisfacción completa de una ofensa, daño o injuria”.

Desde una perspectiva puramente jurídica, la reparación del daño se encuentra recogida en el CP y también en la LECrim.

El art. 109 CP recoge la obligación de reparación de los daños y perjuicios causados por el autor o autora. Es en el art. 110 donde se concreta que comprende esa responsabilidad y engloba: la restitución, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios materiales y morales. Finalmente el art. 112 establece que la reparación del daño podrá consistir en obligaciones de dar, de hacer o de no hacer.

El art. 113 amplía que la indemnización de perjuicios materiales y morales comprenderá no sólo los que se hubieren causado al agraviado, sino también los que se hubiere irrogado a sus familiares o a terceros, cuestión que ahora aclara el Estatuto de la Víctima determinando el concepto de víctima.

La jurisprudencia ha contemplado el contenido del concepto de reparación en sede de análisis de la atenuante de reparación del daño (art. 21.5 CP) y conviene que cualquier forma de reparación, sea por la vía de la restitución, de la indemnización de los perjuicios, de la reparación moral o la reparación simbólica, pueden integrar las previsiones de la atenuante<sup>33</sup>.

Sin embargo, atender en exclusiva, para determinar el concepto de reparación del daño a las disposiciones del CP, y a la interpretación que tradicionalmente ha hecho la jurisprudencia para la aplicación de la atenuante de reparación, nos lleva obligatoriamente a considerar que reparación del daño no es en sí mismo un fin del Derecho penal, sino que la reparación coadyuva a los fines del Derecho penal, por ejemplo el restablecimiento de la confianza en la vigencia de la norma<sup>34</sup>.

<sup>33</sup> Entre otras destacan: STS 1132/1998 de 6 de octubre de 1998; STS 1002/2004 de 16 de septiembre de 2004; STS 2/2007, de 16 de enero de 2006; STS 616/2014, de 25 de septiembre.

<sup>34</sup> STS 957/2010 de 2 de febrero de 2010.

Sin entrar en esta discusión, pero atendiendo a la circunstancia de que en un proceso restaurativo y en concreto de mediación, la reparación es un fin en sí mismo, se está con MARTÍNEZ ESCAMILLA<sup>35</sup> cuando pone en el centro la necesidad de emplear un concepto de reparación amplio y que tiene que ver con el propio proceso comunicativo inherente a toda resolución dialogada y pacífica de un conflicto. Algunas de estas expresiones pueden ser: el reconocimiento de la propia persona y su sufrimiento, el reconocimiento del daño causado en el conflicto, la construcción de una nueva narrativa en el camino de componer la verdad por las partes, la reparación afectiva...<sup>36</sup> Por lo demás, la reparación económica del daño no necesariamente ha de coincidir con la responsabilidad civil<sup>37</sup>. En sí mismo, el proceso de mediación, el espacio de escucha para las partes es reparador y responsabilizador, en su caso, para las partes. En el espacio de la mediación incluso puede suceder que la solución al conflicto no pase por una reparación del daño causado por el delito sufrido sino que todo el proceso se centre y focalice en otras esferas del conflicto que para las partes son más importantes. Otras propuestas podrían ir de la mano de la restitución, un compromiso de hacer y su materialización...etc.

En todo caso, es muy importante subrayar que la garantía de que la satisfacción sea “adecuada” para las partes y sientan su conflicto abordado y cerrado es la persona mediadora. Esto es lo que exige el art. 15: que la reparación sea adecuada, y la valoración de dicha adecuación es competencia de las personas que intervengan como terceras personas en la facilitación de la resolución del conflicto.

Determinadas estas cuestiones es pertinente mencionar que en el año 2016 se publicó la guía práctica de la mediación intrajudicial del Consejo General del Poder Judicial<sup>38</sup>. Esta guía contiene los protocolos de mediación civil, familiar, penal, laboral y contencioso-administrativa. En la introducción de esta guía se muestra cómo las dificultades de eficiencia de los órganos judiciales se erigen como barreras de acceso a la justicia por los

<sup>35</sup> (Martínez Escamilla, 2011, pág. 17)

<sup>36</sup> (Etxebarria Zarrabeitia, 2011, págs. 60-61)

<sup>37</sup> (Martínez Escamilla, 2008, pág. 482)

<sup>38</sup> CGPJ, (2016). Guía para la práctica de la mediación intrajudicial, en: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Guia-para-la-practica-de-la-Mediacion-Intrajudicial/>

ciudadanos, considerando que los programas de mediación en los distintos ámbitos jurisdiccionales pueden ser una ayuda dentro del proceso judicial.

En el protocolo de mediación penal<sup>39</sup> se expresa que la garantía de la reparación exige que el objeto de la mediación sea la restauración del conflicto generado por la infracción penal en términos fértiles para la pacificación individual y social.

Desde esta perspectiva, indicadores positivos para la derivación de un asunto a los servicios de mediación para poder lograr dicha reparación serían:

- La necesidad de modificar las dinámicas relaciones de las personas involucradas en el conflicto porque se integran en sistemas comunes (familiares, laborales, profesionales, educativos) o comparten espacios (lúdicos, sociales), lo que alimenta controversias futuras;
- La capacidad de las partes para identificar su respectivo interés y, finalmente,
- La voluntad de solución del problema (mirada al futuro) y no de venganza (mirada al pasado).

Con lo anterior, la guía del CGPJ recoge cómo la restauración puede lograrse a través de la combinación de estrategias de compensación diversas, como la económica, la prestacional, la terapéutica o la simbólica, y puede consistir, en muchas ocasiones, en remodelar, a modo de reparación transformadora o reconstructiva unas relaciones preexistentes claramente nocivas y en ocasiones criminógenas (a modo de ejemplo, contextos de dominación en áreas familiares, educativas, profesionales o sociales).

Pero además, es importante mencionar que la reparación es uno de los objetivos de la justicia restaurativa, y en concreto de la mediación penal, pero en el proceso penal cabe la reparación sin previa mediación (en el sentido del art. 21.5 CP) y cabe mediación sin

---

<sup>39</sup> El grupo de expertos fue integrado por las siguientes personas: Don Ignacio Subijana (Magistrado), Don. Manuel Ledesma Moreno (Abogado y Mediador), D<sup>a</sup> Rosa M<sup>a</sup> Freire Pérez (Magistrada), Don Juan Carlos Aladro (Fiscal).

reparación<sup>40</sup>. En este sentido, comparto con SERRANO HOYO<sup>41</sup> que el hecho de que la víctima no quiera acudir a mediación penal, pero haya habido una reparación económica, no impida al tribunal que pueda apreciar la atenuante de reparación del daño en el proceso penal<sup>42</sup>.

En los casos en los que efectivamente haya una mediación con una adecuada reparación, y en el espacio de la mediación penal se haya resuelto el conflicto, esto tendrá también un impacto en el proceso penal. No tendría sentido que lo sucedido en ese espacio de reparación no tuviese reflejo en el proceso penal, tanto en beneficio de la víctima en el sentido de los posibles efectos en términos de victimización secundaria, como para la persona infractora. El Estatuto de la víctima no hace ninguna referencia sobre esta relevante cuestión. Sin embargo, no hay duda de que entrarán en juego las siguientes disposiciones y posibilidades:

1ª En el caso de los delitos leves, la posibilidad de sobreseimiento según lo dispuesto en el art. 963.1.1ª LECrim.

2ª En el caso de que se traten de Diligencias Previas o ya un procedimiento abreviado la posibilidad de la apreciación de una atenuante de reparación del daño (art. 21.5 CP) que podrá ser cualificada o muy cualificada.

3ª Como fundamento para la suspensión ordinaria y extraordinaria (art. 80.1 y 3 CP)

4ª La introducción del art. 84 apartado 1, 1ª CP, en el que se contempla condicionar la suspensión de la ejecución de la pena al cumplimiento del acuerdo alcanzado por las partes en virtud de mediación, revocable en caso de incumplir los términos del acuerdo.

5ª Incidencia en el acceso a la fase de libertad condicional (arts. 90.1 y 2)

---

<sup>40</sup> Así también (Serrano Hoyo, 2016, pág. 963)

<sup>41</sup> (Serrano Hoyo, 2016, pág. 967) Cita a su vez la cita la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 3ª nº 1014/2009, de 17 de noviembre, en la que el agredido no desea acudir a la sesión de mediación y no obstante eso se aprecia la atenuante.

<sup>42</sup> De idéntico modo sucede en el ámbito de los menores conforme al art. 19 Ley Orgánica de Responsabilidad penal del menor.

### 2.3. Sobre el significado de los hechos esenciales

El requisito contenido en el art. 15 a) EV exige un reconocimiento de los hechos esenciales del asunto. Esta expresión aparentemente es distinta a la que se prevé en el art. 12.1 c) de la Directiva que señala que “el infractor tendrá que haber reconocido los elementos fácticos básicos del caso”, si bien, el contenido material es el mismo.

La pregunta entonces es ¿qué significa hechos esenciales?

Nuevamente, el protocolo de mediación penal, en las págs. 109-110 hace referencia a la expresión “elementos fácticos del caso” ya que su preparación fue anterior a la publicación de la Ley 4/2015, y afirma:

“La garantía de trato como inocente del investigado/encausado explica que, en las fases previas a la ejecución, únicamente quepa que el juez o tribunal derive el proceso a mediación cuando el mismo haya reconocido los elementos fácticos del caso (...) El respeto a la presunción de inocencia como regla de tratamiento exige que no quepa la derivación cuando el acusado niegue la existencia y/o participación en el hecho. Es decir, cuando, desde la perspectiva factual, declare que no es culpable del hecho porque no ha participado en el mismo. Es obvio que si el hecho no le pertenece, porque niega que lo haya realizado, una derivación por el juez o tribunal del caso al espacio de mediación supondría tratar como presunto culpable a quien se presume inocente. Diferente es, sin embargo, el caso de quien, admitiendo que el hecho sustancialmente le pertenece, se opone a la significación jurídica que se pretende del mismo, ora por estimar que no es típico, ora por considerar que, siendo típico, no es injusto u ora por valorar que siendo injusto no le es reprochable”

Considero que, muy acertadamente, la guía del Consejo utiliza la expresión en un doble sentido. En primer lugar, como límite de derivación a mediación penal cuando la persona denunciada niegue inicial y expresamente los hechos y su participación en ellos, como garantía para la salvaguarda del Derecho de presunción de inocencia. En segundo lugar afina en la distinción entre lo que se media, que es el conflicto y la significación jurídica del hecho, idea sobre la que se reflexionará seguidamente.

Por tanto, se equivoca SERRANO HOYO<sup>43</sup> cuando afirma que “este requisito está encaminado a que el responsable del hecho delictivo reconozca no sólo que algo ha hecho mal sino todos los aspectos fácticos de los que nace su responsabilidad (penal y civil)”. Considero que el autor se excede en la ampliación del significado de los hechos esenciales pero además obvia una segunda cuestión, la referida a qué ha de reconocer o no la persona denunciada, dentro del proceso de mediación.

Dicho esto, sin duda, la cuestión fundamental cuando se habla de mediación penal es que se va a mediar en el marco de un procedimiento penal.

Así MANNOZZI<sup>44</sup> diferencia la posibilidad de mediar en un delito, mediar en un hecho y mediar en un conflicto. Se deberá determinar qué se va a mediar en el marco de un procedimiento penal. En cuanto a la posibilidad de mediar en un delito advierte la autora la imposibilidad de mediar en el “delito”, esto es: nunca se podrá negociar el contenido del precepto penal (si bien una de las consecuencias de la mediación puede ser una calificación jurídica posterior distinta por el trabajo de los abogados). Lo que está en discusión en la mediación no es obviamente la definición penal del conflicto, que es dada por el ordenamiento<sup>45</sup>. Si no fuese de esta manera, parece que la mediación penal perdería la legitimación por su propio nombre, porque si la mediación tiene el calificativo de penal es porque se mueve, al menos en un primer momento, a través de la lente de la norma penal infringida<sup>46</sup>.

Al igual que esta autora, considero que tampoco se puede afirmar que en lo que se media es en el hecho. Las partes normalmente están en desacuerdo no sobre la existencia de un hecho (que puede ser o no calificado como delito) sino sobre el significado del hecho. En la mediación, la reconstrucción de las percepciones y de los sentimientos se dan en una clave totalmente subjetiva. Es evidente que si las partes están en desacuerdo no con el significado de un hecho (cada uno está en una posición diferente) sino en la existencia del propio hecho, la mediación se torna un instrumento impropio para estos supuestos.

---

<sup>43</sup> (Serrano Hoyo, 2016, pág. 965)

<sup>44</sup> (Mannozi, 2004, pág. 39) (Mannozi, 2005, págs. 61-68).

<sup>45</sup> (Mannozi, 2004, pág. 39)

<sup>46</sup> (Mannozi, 2005, pág. 65)



Por tanto, se debe concluir con que es sobre el conflicto exclusivamente sobre lo que se media<sup>47</sup>. En la esfera de la mediación vienen a tratarse una serie de circunstancias diferentes a aquella que sería la desnuda dimensión procesal del hecho<sup>48</sup>. La valoración del conflicto penal depende de los diferentes puntos de vista del autor y de la víctima que depende de los diferentes puntos de vista sociales, de su experiencia personal, etc. No es por ello extraño que a un proceso de mediación se traigan un buen número de circunstancias externas a aquellas que irían al escenario procesal del delito.

La relación entre las partes en el proceso de mediación, se sustrae a la lógica estructurada de la búsqueda de una verdad que veda de un lado un vencedor y de otro un perdedor<sup>49</sup>. Por el contrario, lejos de esta lógica, y vista la distinción entre mediar en el hecho y mediar en el conflicto, el reconocimiento o no de los hechos sustanciales en un buen número de casos perderá, en el espacio de la mediación, su sentido.

Precisamente por eso, también es un error pensar en los problemas que se pueden suscitar en relación a la presunción de inocencia, por la derivación al servicio de justicia restaurativa un asunto cuando no se consigue ser abordado y solucionado por esa vía. Este problema lo plantea, por ejemplo, SERRANO HOYO<sup>50</sup> afirmando que “el problema surge cuando la mediación no ha terminado con acuerdo y el proceso penal se reanuda, ya que – pese al deber de confidencialidad- el dato relativo a que el presunto autor ha asistido al procedimiento de mediación pudiera tener alguna trascendencia probatoria. Se plantean dudas sobre la compatibilidad de este reconocimiento del infractor (nótese que ya no se dice presunto autor del hecho delictivo) con la presunción de inocencia o el derecho a no confesarse culpable”.

Considero que lo que no tiene en cuenta este autor es que esta situación no se va a dar nunca precisamente porque el reconocimiento no puede ni debe ser entendido sobre los

---

<sup>47</sup> En este sentido (Bouchard M. , 2001, pág. 252) entiende que “Mientras la verdad jurídica puede ser lejana de la realidad de los hechos como de la percepción de los mismos por parte de los protagonistas, la verdad dialógica en cuanto puede ser lejana de la realidad de los hechos corresponde del todo con la realidad percibida de los protagonistas.”

<sup>48</sup> (Mannozi, 2004, pág. 42).

<sup>49</sup> La justicia penal formal lo que haría sería invertir esos papeles con la imposición de una sentencia condenatoria.

<sup>50</sup> (Serrano Hoyo, 2016, pág. 965)

hechos que se le imputan a esa persona, es decir en el sentido jurídico. La mediación tiene su atención en el conflicto y desde ahí los objetos de intervención son distintos. De este modo, un juez no podrá tener en consideración ningún extremo de lo sucedido en el espacio de la mediación en caso de que la confidencialidad se viese quebrantada, situación que además no debiera suceder.

Propongo el siguiente ejemplo para evidenciar lo anterior. Una noche dos jóvenes están de fiesta. A asusta a B y de seguido le da un golpe intenso en el hombro sin motivo aparente y se marcha del lugar. El móvil se cae al suelo y se rompe la pantalla. Con motivo del empujón B resulta con unas lesiones que no requieren más que de una primera asistencia facultativo, tardando 2 días en curar. Además el coste de la reparación de la pantalla del móvil es de 300 Euros, encontrándonos también en un delito leve de daños.

En un proceso de mediación no se va a trabajar en el hecho, ni en la calificación. No se va a dedicar tiempo en la mediación a si el golpe fue fuerte o no, si fue suficiente para la caída del móvil, si la valoración del perito del cálculo de la reparación aportada por B es correcta o no, si hubo testigos o no... Se va a trabajar en qué sucedió esa noche en sentido amplio, cómo vivieron lo sucedido A y B, qué proponen y desean las partes y cómo se puede reparar la situación. En definitiva, se va a abordar el conflicto en sentido amplio y en el futuro de esa relación.

#### **2.4. El consentimiento informado y los principios rectores del proceso**

Como elemento fundamental el art. 15 EV exige el consentimiento de la víctima y el infractor para el inicio del proceso de mediación.

Respecto de la víctima el precepto añade en el apartado b) en el que se indica que ese consentimiento ha de ser informado. Es decir, ha de recibir una información exhaustiva e imparcial sobre su contenido, sus posibles resultados y los procedimientos existentes para hacer efectivo su cumplimiento. Sin embargo, nada acerca de la información se añade con respecto al infractor en el apartado c) del art. 15 lo cual debe ser criticado. A pesar de esto, se evidencia que el consentimiento por parte de la persona infractora se deberá producir después de haber recibido toda la información necesaria, debiendo ser esta

igualmente imparcial, y donde se le transmitan las consecuencias procesales y de pena que para él podría tener la participación en el proceso de mediación y la concurrencia de una efectiva reparación. De hecho, conforme a lo que establece el art. 37 del Real Decreto 1109/2015, de 11 de diciembre, por el que se desarrolla la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, y se regulan las Oficinas de Asistencia a las Víctimas, esta información deberá darse ya desde un primer momento por la Oficina de Asistencia a la víctima, igual que se hace con la víctima del proceso y en las mismas condiciones.

Por tanto, se debe destacar la importancia de la voluntariedad y libertad, y el consentimiento espontáneo y consciente por todas las partes involucradas en el conflicto y proceso penal y que van a participar del proceso de mediación.

Respecto del resto de principios que han de presidir el proceso restaurativo, además de la voluntariedad, y derivado de ello, la concurrencia de un consentimiento informado, el art. 15 solo menciona dos más, el principio de que el proceso no entrañe un riesgo para la seguridad de la víctima (art. 15.1 b.) y la confidencialidad (art. 15.2). Sin ninguna duda la confidencialidad del proceso tendrá su efecto en todas las partes involucradas en este, con independencia de su calidad de víctima, persona infractora o concurriendo indistintamente esta condición procesal en todas las partes.

Estos principios tienen su incidencia en distintas dimensiones que se encuentran en la descripción de la confidencialidad que ofrece nuevamente la guía del CGPJ:

“Se garantizará la confidencialidad del contenido de las sesiones de mediación y de la documentación utilizada, no pudiendo ser reclamada la información obtenida por el mediador a lo largo del proceso, al que asiste el secreto profesional. Mediador y partes se obligan a respetar la confidencialidad al firmar el acta de la sesión constitutiva de Mediación. La confidencialidad para los letrados de las partes se ancla al principio de buena fe. La infracción del deber de confidencialidad generará responsabilidad en los términos previstos en el ordenamiento jurídico. En el ámbito puramente privado del espacio de mediación, en que el poder dispositivo de las partes sobre sus derechos e intereses tiene como único límite el perjuicio de tercero o las normas imperativas, el órgano judicial está al margen del desarrollo de la mediación. Únicamente tendrá

comunicación del inicio y de la finalización del proceso de mediación y, en su caso, del acuerdo al que las partes hayan llegado, una vez se le haya dado forma legal para acceder al procedimiento por los letrados de las partes y el ministerio fiscal. No se debe comunicar al órgano el acta de reparación”

Con respecto a la seguridad, el art. 15 EV omite, otra vez, mención alguna de la necesaria concurrencia de este principio-garantía a la persona infractora. Sin duda, esta es una de las consecuencias directas de pensar, como hace el legislador, en este servicio como el de un derecho de la víctima. El precepto, no solo elude mencionar que la información sobre el servicio de justicia restaurativa ha de ser ofrecida también a la persona que aparece como denunciada en el procedimiento penal sino que además, no hace referencia a su seguridad. Sin duda, este principio de seguridad, es una garantía que tienen todas las partes que participan en el proceso y a la que tendrá que atenderse para ser respetada. Deberá ser respetado, en primer lugar, por las personas que trabajen en la Oficina de Atención a la víctima, en el primer contacto con las partes, y posteriormente, a lo largo de todo el proceso de mediación, por las personas que tengan el encargo de llevar a cabo la mediación.

El art. 15 EV no hace mención a ningún principio más del proceso restaurativo o de mediación. Sin embargo, siguiendo nuevamente la guía del CGPJ, porque hasta el momento es el único referente para el desarrollo de proyectos de mediación penal en el ámbito de la justicia penal de adultos, se puede decir que se echan en falta algunos más.

El primero sería una mención a la gratuidad del proceso. Los costes de la mediación serán asumidos por la Administración de Justicia lo que implica la necesidad de creación de partidas presupuestarias específicas para este servicio e independientes a aquellas destinadas a las Oficinas de Atención a la víctima. En relación con el anterior, tampoco se menciona la oficialidad del proceso, que significa que le corresponde al órgano jurisdiccional previo acuerdo o a iniciativa del Ministerio Fiscal, de otra Acusación o del abogado defensor, la derivación de los casos al Servicio de Mediación Penal.

Tampoco se menciona la flexibilidad del proceso. En sí mismo el proceso de mediación es flexible a fin de poder adaptarse a las circunstancias concretas del caso y de las

personas participantes. Esto significa que las pautas a seguir se convienen en cada caso por el mediador y las partes al inicio del proceso, incluida su duración. Además, en correspondencia con la propia filosofía subyacente en la mediación, ambas partes tienen oportunidades para expresar sus pretensiones, sin más limitación que la establecida por el mediador para el buen desarrollo de las sesiones.

Por último, se echa en falta la mención a la formación de las personas mediadoras y alguna referencia al Estatuto del mediador, del que se derivan otros principios fundamentales de la mediación como son la neutralidad, objetividad e imparcialidad<sup>51</sup>. De hecho, en este sentido, antes se advertía que hubiera sido conveniente una mención expresa al Estatuto del mediador.

De este modo, aunque el art. 15 EV no hace referencia a todos estos principios fundamentales de la mediación, deberán estar siempre presentes porque son los pilares de todo proceso de mediación.

### **3.- CONCLUSIONES, PROPUESTAS DE INTERPRETACIÓN Y MEJORAS DE *LEGE FERENDA*.**

#### **3.1. Conclusiones generales acerca de la concepción de la justicia restaurativa en el EV.**

Se ha expuesto al inicio de este trabajo cómo la justicia restaurativa supone pasar de un modelo autoritario-impositivo fundado en el castigo, hacia la composición del conflicto entre la víctima y la persona infractora o entre ésta y la sociedad<sup>52</sup>. Se trata de un modelo comunicativo-dialógico, no humillante y que agrupa a todas las partes<sup>53</sup>. Un modelo de justicia alternativo<sup>54</sup> que por ser incipiente requiere ir acompañado de toda una serie de reformas de la legislación penal en el sentido de las propuestas reparadoras y afinadas con la filosofía que las sostienen. De este modo, con respecto a la víctima, dotando de recursos económicos a las recientemente creadas oficinas de atención a la víctima.

---

<sup>51</sup> (Certosino, 2015, pág. 97)

<sup>52</sup> (Certosino, 2015, pág. 29 s)

<sup>53</sup> (Certosino, 2015, pág. 29 s)

<sup>54</sup> (Tamarit Sumalla, 2012, pág. 6)

Respecto a los delitos, con reformas con una perspectiva de prevención del delito que vayan más allá de la prohibición, como inversión en política de drogas, prevención de la pobreza, elementos integrativos socio-sanitarios... Respecto a la política criminal son necesarios caminos que lleven a la descriminalización en abstracto (esto es, la eliminación de tipos delictivos o su conversión en sanciones administrativas) y la despenalización en concreto (por una irrelevancia del hecho concreto y de mecanismos precisamente de justicia restaurativa)<sup>55</sup>. Y por último y más importante, es necesario un cambio cultural en torno a la pena y al castigo que viabilice el proceso<sup>56</sup>. Se está con BRUNO cuando se afirma que “no se puede pensar en Justicia Restaurativa si no nos liberamos de la idea de la pena como detención a toda costa. Sería necesario invertir el sentido y, para llegar a hablar con amplitud y fundamento de justicia restaurativa, sería necesario liberarse de la obsesión de la cárcel a toda costa, invocando su necesidad incluso en delitos penalmente poco significativos”<sup>57</sup>.

Estamos en un momento en el que lo verdaderamente importante es determinar cómo comenzar a establecer contactos jurídicos entre la justicia restaurativa y la justicia tradicional, no circunscrita exclusivamente a la mediación como hace el legislador, porque como se decía estamos en un momento de construcción conceptual<sup>58</sup>.

Sin embargo, ya se ha dicho en este trabajo que es claro que el legislador ha tomado algunas decisiones de política criminal muy relevantes. La primera concretando la justicia restaurativa en el Estatuto de la Víctima como un servicio para la víctima y no como un modelo de justicia. Los motivos son varios. El primero porque lo menciona indirectamente en el preámbulo de la ley 4/2015 del Estatuto de la Víctima. El segundo porque en el propio art. 15 EV lo nombra como tal.

<sup>55</sup> (Corleone & Pugiotto, 2013, pág. 22)

<sup>56</sup> (Francesco, 2015, pág. 69) es necesario promover las condiciones necesarias con el fin de que se forme y consolide la consciencia cultural del nuevo paradigma. Para ello la formación es fundamental

<sup>57</sup> (Bruno, 2013, pág. 243) En la pág. 248 afirma también solo así se es coherente de lo contrario, también para ser coherentes se tendría que asumir que el cambio en las personas no es posible y listo. Por su parte (Curi, 2015, pág. 39 ss) Desarrolla en su trabajo como considera que la justicia restaurativa puede funcionar pero si renuncia a la espada, a la balanza y a la venda que identifica a la imagen de la justicia. Y argumenta que simboliza cada una de esas claves y por qué ha de ser así. Es decir, la JR solo será una imagen nueva de la justicia, cambiará realmente el paradigma si modifica esto.

<sup>58</sup> (Francesco, 2015, pág. 77)

En segundo lugar, otra decisión político-criminal relevante viene de una lectura más pausada e integral del Estatuto de la Víctima. Desde una perspectiva político-criminal, las distancias entre el modelo que acoge el Estatuto y la Justicia Restaurativa son enormes. Un ejemplo muy claro de esto es la mención a la superioridad moral de la víctima moral de la víctima sobre el infractor. Otro ejemplo, que permite sostener la afirmación que ahora se acaba de hacer, se encuentra en la intervención de la víctima en la fase de ejecución y nuevamente el apartado VI del preámbulo se presenta muy revelador cuando afirma: “La regulación de la intervención de la víctima en la fase de ejecución de la pena, cuando se trata del cumplimiento de condenas por delitos especialmente graves, garantiza la confianza y colaboración de las víctimas con la justicia penal”.

Desde luego, el riesgo fundamental de la intervención de la víctima en cualquier momento o fase del proceso está en transmitir la idea de que el éxito daba satisfacer las expectativas de la parte lesionada a toda costa<sup>59</sup>, una idea lejana a la de la Justicia Restaurativa.

Precisamente sobre la intervención de la víctima en el proceso penal, la Directiva Europea 2012/29/UE no contiene ningún precepto que otorgue a la víctima el derecho a participar en la ejecución de la sentencia condenatoria.

Sin embargo, en la opción del legislador Español nos encontramos, como expone también RENAT GARCÍA que hemos pasado del olvido de la víctima a una aparente sacralización<sup>60</sup>, y en concreto en el Estatuto de la víctima del delito, la introducción de la intervención de la víctima en distintas fases de la ejecución de la pena, concretada en el art. 13 y que “no constituye un islote en el océano jurídico-penal, esto es, un acontecimiento aislado e inconexo, sino que se enmarca en una política criminal continuista de la corriente de neo-conservadurismo que asoló el continente europeo en la primera década del siglo XXI, como consecuencia del atentado de las torres gemelas de Nueva York, y que favoreció que la idea de la justicia como venganza continuara siendo popularmente atractiva”<sup>61</sup>.

<sup>59</sup> (Piugiotto, 2013, pág. 260)

<sup>60</sup> Con esto, como afirma el autor “se colman las exigencias de las asociaciones y fundaciones de víctimas, en general, y del terrorismo, en particular, más interesadas en satisfacer sus deseos vindicativos e inocuidadores del condenado que en participar en el fin reeducador y resocializador de las penas privativas de libertad que la Constitución española consagra”. (Renat García, 2005, pág. 1)

<sup>61</sup> (Renat García, 2005, pág. 52)

Se puede afirmar que en la legislación española se ha introducido la figura de la justicia restaurativa en un momento de una política criminal neoliberal de claras tendencias populistas en el Derecho penal. Esta tendencia creo que se evidencia a la perfección en este Estatuto de la víctima. El resultado de esta dirección para la construcción de una justicia de índole reparativa o restauradora puede ser desastroso porque la justicia restaurativa es frágil en tanto está en desarrollo.

Con todo lo anterior no estoy de acuerdo con NISTAL BURÓN<sup>62</sup> cuando afirma que la justicia restaurativa nos introduce en el plano de ahora las víctimas, cuando confía en la “versatilidad” de la administración penitenciaria y por tanto en las posibilidades de combinar, tal y como están las cosas reinscripción-reparación de la mano de la intervención de la víctima en la ejecución penal.

Como se ha mostrado el origen de la justicia restaurativa y ciertos principios del Derecho penal –precisamente los más relacionados con los derechos humanos y las Constituciones- no permite acoger este tipo de propuestas. Más bien al contrario, con DONINI<sup>63</sup> considero que la apuesta por la reparación no comporta ese tipo de lógicas. Al revés, cuando eso pasa, y advierte eso pasa en Italia con las leyes de ejecución penitenciaria, es porque la ley se mueve ya en terrenos del Derecho penal del enemigo<sup>64</sup>.

---

<sup>62</sup> (Nistal Burón, 2015, pág. 468) afirma que “podemos afirmar que la justicia restaurativa nos introduce en el plano ahora las víctimas; no podemos obviar que todo el sistema penal se edificó, en su momento, en torno a la idea de castigar al culpables, olvidando la protección de los intereses de la víctima, pues el delito se consideraba un atentado contra valores básicos para la convivencia social, considerados estos valores en abstracto, es decir no se personalizaba el daño como algo tangible que era necesario reparar” Y continúa “La justicia restaurativa ciertamente parte de la víctima y de sus intereses, pero los hace confluir con los del victimario y con los de la sociedad; todos conjuntamente podrán contribuir a fortalecer la credibilidad de la norma penal –prevención general positiva”. También afirma que (2015, pág. 470) “La versatilidad que la Administración penitenciaria tiene para “acomodar” la ejecución de la pena a las circunstancias personales y sociales propias y específicas de cada interno debe ser aprovechada por dicha administración penitenciaria para garantizar la presencia de la víctima en todos los ámbitos de la relación jurídico-penitenciaria en la que intervenga: clasificaciones iniciales, progresiones y regresiones de grado, permisos de salida, concesión de beneficios penitenciarios, etc “. Por último, (2015, pág. 470) “En definitiva, que las víctimas deber ser también protagonistas del proceso de ejecución penal, entre otras razones, porque su reconocimiento puede además tener efectos muy positivos en la resocialización del interno. En primer lugar, porque la protección a la víctima incrementa el sentido de la responsabilidad del agresor. La reparación del daño permite lograr que el autor de delito reconozca su delito y asuma las responsabilidades con la persona ofendida. Y, en segundo lugar, porque la protección a la víctima sea escuchada, pueda manifestar sus inquietudes y se vea recompensada por el daño sufrido, tanto moral como económicamente, reduciendo los efectos de la victimización secundaria, lo que frena el olvido en el que ha estado la víctima en el Derecho penitenciario”.

<sup>63</sup> (Donini, 2015, pág. 19)

<sup>64</sup> (Dufraix Tapia, 2008, pág. 127) Se pregunta: ¿Cuál es la particularidad que reviste una petición expresa de perdón que hace posible pronosticar una reinscripción social del condenado? ¿en qué queda una de las



Cuidar a la víctima por parte de la justicia restaurativa no significa una política-criminal “victimo céntrica”, que es precisamente el camino que ha comenzado a marcar el Estatuto de la Víctima, porque pueden ser fuente de orientaciones legislativas que degeneren en forma de populismo o paternalismo penal<sup>65</sup> y se alejan irremediamente de la justicia restaurativa.

### 3.2. Recapitulando: propuestas de interpretación del art. 15 EV

A pesar de todo lo anterior, con la introducción por primera vez de una previsión expresa de la justicia restaurativa en el proceso penal de adultos, se pone fin a la situación de alegalidad de la mediación penal de adultos en España, “aunque el legislador deja escapar la ocasión para aprobar una regulación adecuada a otra forma de hacer justicia penal<sup>66</sup>”.

Esta pérdida de oportunidad no es óbice para que la justicia restaurativa deba seguir considerándose lo que es, un modelo de justicia. En este sentido, la interpretación del art. 15 ha de ser interpretado en la forma que se ha propuesto en este trabajo.

1ª Entendiendo la reparación en un sentido amplio, con especiales características que le son propias, por lo que acontece en el espacio de la mediación, donde la atención está

---

ideas centrales sobre las cuales descansa el fundamento de la reparación-reconciliación, cual es la evitación de la desocialización por medio de la “diversión” o “derivación” del condenado?”

(Dufraix Tapia, 2008, pág. 128) “Y si aun así se pensara que una petición de perdón es resultado de un adecuado y prolongado tratamiento en un recinto penitenciario, ¿por qué no se aplica la misma fórmula respecto de los delitos comunes? Porque si bien se trata de delitos absolutamente distintos, en lo que se refiere a la petición de perdón a la víctima no debería existir diferencia alguna, pues en ambos casos la medida se adoptaría con el fin de resocializar al condenado, cuestión que es común a todas las penas que se apliquen por mandato expreso de la Constitución Española. Concluye: (Dufraix Tapia, 2008, pág. 129 s) “me parece que los objetivos que se ha planteado el legislador mediante la imposición de tales requisitos, se encuentran relacionados, directa y derechamente, con una estrategia propia de la tecnología del poder utilizada por los Estados totalitarios, y que se sustenta en virtud de los fines de prevención especial negativa y prevención general positiva. En efecto, dadas las particularidades de la normativa sobre “cumplimiento íntegro y efectivo de las penas”, es posible concluir que aquello perseguido por el legislador es aniquilar, estratégicamente, tanto el cuerpo del condenado como su especial forma de pensar (su disintimiento), inocuizando peligros y generando consensos, fortaleciendo así una determinada estructura tecnocrática de poder. El perdón, en este sentido, ya no puede ser visto como una especial forma de rehabilitación o de reparación, sino como una herramienta expiatoria que encuentra estratégicamente una doble finalidad: aniquilar el disentir y generar el consenso. E la medida en que se pida perdón se desautoriza lo propio y legitima lo ajeno; de ahí que para el Estado un terrorista que pida perdón valga el doble que un solo arrepentido”

<sup>65</sup> (Francesco, 2015, pág. 71).

<sup>66</sup> (Serrano Hoyo, 2016, pág. 960)

puesta en el conflicto en sentido integral y no solo en el hecho delictivo. De la adecuación de la reparación tendrá que ser responsable la personas o personas mediadoras.

2ª Interpretando el concepto “hechos esenciales” no como un reconocimiento de los hechos jurídicos pues vulneraría el principio de presunción de inocencia, sino desde la perspectiva de que lo que se media es en el conflicto y no en el hecho jurídico. Desde esa dimensión el reconocimiento se circunscribe en la admisión de que existe o existió un conflicto entre las partes, donde indudablemente hubo unos intereses contrapuestos, que después en lo jurídico se tradujeron en la consideración de un delito, pero sobre lo que la persona infractora nada tendrá que reconocer.

Si se entiende que sobre lo que se media es en el conflicto, los “hechos esenciales” estarán referidos al conflicto y no a la calificación jurídica, ni a los hechos en el modo que pueden estar recogidos en una denuncia o atestado policial.

3ª El consentimiento ha de ser dado por todas las partes que participen del proceso de mediación, ya que la voluntariedad ha de presidir todo el tiempo, hasta el último momento, en la fase de acuerdo, cuando se firmen los acuerdos de mediación. Este consentimiento deberá ser posterior a una fase informativa que deberá ser idéntica en el contenido tanto para la víctima como para la persona infractora. Información que sucintamente y en primer lugar deberá ser ofrecida por la Oficina de Atención a la víctima y posteriormente por las personas mediadoras.

4ª El resto de principio que deberán estar presentes en todo proceso de mediación y que son garantía para todas las partes participantes del proceso, con independencia de su posición en el proceso penal (víctima-persona infractora) serán, además de los que expresamente menciona el estatuto de la víctima: seguridad y confidencialidad, los de: gratuidad, flexibilidad y neutralidad, imparcialidad y objetividad de las personas mediadoras.

### **3.3. Propuestas de *lege ferenda***

Planteo sucintamente las siguientes consideraciones de *lege ferenda* en coherencia con lo expuesto y argumentado en este trabajo:

1ª Eliminación de la concepción del servicio de justicia restaurativa como un servicio para la víctima en el Estatuto de la Víctima del delito y recogerlo tal y lo que es, un modelo de justicia que puede traer importantes satisfacciones para la víctima.

2ª Revisión y eliminación de todas las aseveraciones referidas a la superioridad moral de unas personas sobre otras por vulnerar el principio de igualdad.

3ª Repensar la conveniencia de eliminar la participación de la víctima en la fase de ejecución de la pena de la persona penada y sustituirla por una regulación de las posibilidades de participación de la víctima en servicios restaurativos (a través de un servicio de mediación penitenciaria, por ejemplo) en el caso de que ella quiera.

4ª Es imprescindible una remisión expresa a las normas establecidas en la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles y solventar la excepción de aplicación de esta norma a la mediación penal. Para su aplicación será necesaria la modificación de esa norma y la introducción de todos aquellos matices necesarios por la especificidad y peculiaridad que otorga el ámbito penal.

5ª Pensar en que la mediación no es la única forma de resolución de los conflictos en ningún ámbito, y específicamente en el ámbito penal. Se propone, por tanto, adecuar el contenido y lenguaje del art. 15 EV que regula el acceso al servicio de justicia restaurativa para que quepan otras formas de intervención en la resolución de conflictos en el ámbito penal.

6ª Modificación de la LECrim para determinar y clarificar todos los momentos en los que se pueden derivar asuntos al servicio de justicia restaurativa por parte de los jueces, a solicitud de los letrados o de la propia víctima así como las distintas consecuencias para garantizar la seguridad jurídica.

## 5.- BIBLIOGRAFIA

BEA, E. (2013). Referentes culturales y filosóficos de la justicia restaurativa. *Teoría y derecho*(13), 193-207.

- BOUCHARD, M. (1992). *Mediazione: dalla repressione alla rielaborazione del conflitto. Dei delitti e delle pene*, 2, 196-202.
- BOUCHARD, M. (2001). *Sicurezza urbana, vittime, mediazione e riparazione*. En S. (. VVAA, *Il coraggio di mediare*. Milano: Giuffrè.
- BRUNO, D. (2013). *Dalla realtà della detenzione all'ipotesi della giustizia riparativa*. En F. Corleone, & A. (. Pugiotto, *Volte e maschere della pena. Opg e carcere duro, muri della pena e giustizia riparativa* (págs. 237--252). Roma: Ediesse.
- CERTOSINO, D. (2015). *Mediazione e giustizia penale*. Bari: Cacucci Editore.
- CGPJ, (2016). *Guía para la práctica de la mediación intrajudicial*, en: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Guia-para-la-practica-de-la-Mediacion-Intrajudicial/>
- COLOMER HERNÁNDEZ, I. (2016). *Derechos de la víctima y mediación penal con menores infractores: ¿Un nuevo marco tras el estatuto de la víctima?* En S. Barona Vilar, *Mediación, arbitraje y jurisdicción en el actual paradigma de justicia* (págs. 233-249). Pamplona: Aranzadi.
- CORLEONE, M., & Pugiotto, A. (2013). *Non solo sovraffollamento carcerario*. En M. Corleone, & A. (. Pugiotto, *Volte e maschere della pena. Opg e carcere duro, muri della pena e giustizia riparativa* (págs. 11-38). Roma: Ediesse.
- CURI, U. (2015). *Senza bilancia. La giustizia riparativa forgia una nuova immagine della giustizia*. En G. Mannozi, & G. A. Lodigiani, *Giustizia Riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persona* (págs. 33-43). Bologna: Il Mulino.
- DONINI, M. (2015). *Il delitto riparato. Un disequazione che può trasformare il sistema sanzionatorio*. *Diritto Penale Contemporaneo*, 1-27.
- DONINI, M. (2015). *Il delitto riparato. Una disequazione che può trasformare il sistema sanzionatorio*. En C. Mazzucatto, & G. A. Lodigiani, *Giustizia riparativa. Ricostruire legami, recostruire persone* (págs. 135-151). Bologna: Il Mulino.
- DUFRAIX TAPIA, P. (2008). *Algunas reflexiones sobre la petición de perdón a las víctimas de delitos terroristas en España*. *Eguzkilore*(22), 117-133.
- ECHANO BASALDÚA, J. I. (2002). *¿Hay lugar para el perdón en el Derecho penal?* En J. I. Echano Basaldúa, *Estudios jurídicos en Memoria de José María Lidón* (págs. 153-188). Bilbao: Universidad de Deusto.

- ECHANO BASALDUA, J. I. (2013). Mediación penal entre adultos: ámbito de aplicación en atención a la clase de infracción. *Cuadernos penales José María Lidón*(9), 157-204.
- ETXEBARRIA ZARRABEITIA, X. (2011). Justicia restaurativa y fines del Derecho penal. En M. E. (Coords.), *Justicia Restaurativa, mediación penal y penitenciaria: un renovado impulso* (págs. 47-68). Madrid.
- EUSEBI, L. (2015). La svolta riparativa del paradigma sanzionatorio. Vademecum per un'evoluzione necessaria. En C. Mannozi, & G. A. Lodigiani, *Giustizia riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone* (págs. 97-119). Bologna: Il Mulino.
- FRANCESCO, P. (2015). Giustizia riparativa e giustizia punitiva. En G. Mannozi, & G. A. Lodigiani, *Giustizia riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone* (págs. 67-82). Bologna: El Mulino.
- FREUD, S. (1982). *El porqué de la guerra (1982) Obras completas, III*. Barcelona: Biblioteca nueva.
- GARCÍA RODRÍGUEZ, J. M. (2016). El nuevo estatuto de las víctimas del delito en el proceso penal según la Directiva Europea 2012/29/UE, de 25 de octubre, y su transposición al ordenamiento jurídico español. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 18-24.
- GATTI, U., & MARUGO, M. I. (1995). La vittima e la giustizia riparativa. En G. Ponti, *tutela della vittima e mediazione penale* (págs. 87-117). Milano: Giuffrè Editore.
- GÓMEZ COLOMER, J. L. (2015). *Estatuto Jurídico de la Víctima del delito* (2ª ed.). Pamplona: Aranzadi.
- GORDILLO SANTANA, L. (2007). *La Justicia Restaurativa y la mediación penal*. Iustel.
- Highton, E., Alvarez, G., & Gregorio, C. (1998). *La resolución alternativa de conflictos y sistema penal*. Buenos Aires: Ed Ad-Hoc.
- LENZI, L. (2003). Poetica della mediazione. En V. M. Coordinatore, *Lo spazio della mediazione: conflitto di diritti e confronto di interessi*. Milano: Giuffrè.
- MANNOZZI, G. (2004). *Mediazione e diritto penal: dalla punizione del reo alla composizione con la vittima*. Milano: Giuffrè.
- MANNOZZI, G. (2005). L'oggetto della mediazione: Conflitto, fatto o reato? *Dignitas-Percorsi di carcere e di giustizia*(7), 61-68.

- MANNOZZI, G. (2011). La giustizia Riparativa: percorsi evolutivi culturali, giuridice e sociali. En F. Palazzo, & R. Bartoli, *La mediazione penale nel diritto italiano e internazionale* (págs. 27-57). Firenze: Firenze University Press.
- MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. (2008). Justicia restauradora, mediación y sistema penal: diferentes estrategias ¿los mismos objetivos? En VVAA, *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat* (págs. 465-497). Madrid: Edisofer.
- MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. (2008). Justicia restauradora, mediación y sistema penal: diferentes estrategias, ¿los mismos objetivos? En *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*. Edisofer.
- MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. (2011). La mediación penal en España: estado de la cuestión. En M. E. (Coords), *Justicia restaurativa, mediación penal y penitenciaria: un renovado impulso* (págs. 15-46). Madrid.
- MAZZUCATO, C. (2015). Ostacoli e "Pietre di inciampo" nel cammino attuale della giustizia riparativa in Italia. En C. Mazzucato, & G. A. Lodigiani, *Giustizia riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone* (págs. 119-134). Bologna: Il Mulino.
- NISTAL BURÓN, J. (2015). La mediación en el derecho penitenciario. Su necesaria implantación en el ámbito de la ejecución penal. En G. Orozco Pardo, J. L. Monereo Pérez, & (Dirs.), *Tratado de mediación en la resolución de conflictos* (págs. 467-472). Madrid: Tecnos.
- PALMA CHAZARRA, L. (2007). *La mediación como proceso restaurativo en el sistema penal, tesis doctoral dirigida por Borja Mapelli Caffarena*. Sevilla: Universidad de Sevilla.
- PIUGIOTTO, A. (2013). "Preferirei di no". Il piano pericolosamente inclinato della giustizia riparativa. En F. Corleone, & A. (. Pugiotto, *Volti e maschere della pena. Opg e carcere duro, muri della pena e giustizia riparativa* (págs. 253-274). Roma: Ediesse.
- PONTI, G. (1995). Riparazione dei torti e giustizia conciliativa. En G. P. di), *Tutela della vittima e mediazione penale* (págs. 3-11). Milano: Giuffrè Editore.
- RENAT GARCÍA, F. (2005). De olvido a sacralización. La intervención de la víctima en la fase de ejecución de la pena. *Revista Electrónica de Derecho Penal y Criminología*, 1-68.
- RÍOS MARTÍN, J., Pascual Rodríguez, E., & Bibiano Guillén, A. (2006). *La mediación penal y penitenciaria*. Madrid: Colex.

- SERRANO HOYO, G. (2016). Los servicios de justicia restaurativa en el Estatuto de la víctima del delito. En M. J. Bulnes, & J. Pérez Gil, *Nuevos horizontes del derecho procesal: libro-homenaje al Prof. Ernesto Pedraz Penalva* (págs. 959-975).
- TAMARIT SUMALLA, J. M. (2012). La justicia restaurativa: concepto, principios, investigación y marco teórico. En T. S. Josep María, *La justicia restaurativa: desarrollo y aplicaciones*. Granada: Comares.
- VARONA MARTÍNEZ, G. (1998). *La mediación reparadora*. Granada: Comares.
- VARONA MARTÍNEZ, G. (2013). Mitología y realidad de la justicia restaurativa. Aportaciones del desarrollo de la justicia restaurativa en Europa y su repercusión en la C.A. de Euskadi. *Cuadernos penales José María Lidón*(9), 59-76.
- VERONESI, P. (2013). A proposito di Il perdono responsabile. Le alternative alla punizione e alle pene tradizionali (di Gherardo Colombo, Ponte alle Grazie, 2011). En F. Corleone, & A. (. Pugiotto, *Volte e maschere della pena. Opg e carcere duro, muri della pena e giustizia riparativa* (págs. 225-236). Roma: Ediesse.
- VEZZADINI, S. (2003). *Mediazione penale fra vittima ed autore di reato. Esperienze statunitensi, francesi ed italiane a confronto*. Bologna: CLUEB.