

Trabajo de Fin de Grado

**« Práctica del concepto de Justicia:
posibilidades de la justicia restaurativa »**

Luis Saldaña Vicente

Tutor del Trabajo de Fin de Grado:

Dr. Manuel Calvo García

ÍNDICE GENERAL

INTRODUCCIÓN	5
I. LA JUSTICIA PENAL ACTUAL	9
1. TEORÍA DEL MODELO PENAL TRADICIONAL	9
1.1. ENDURECIMIENTO DE LAS PENAS COMO EQUIVALENTE DE MAYOR JUSTICIA	11
2. PRÁCTICA DEL MODELO ACTUAL: PUNTOS DÉBILES PRINCIPALES	12
2.1. PROPIEDAD DEL CONFLICTO DEL ESTADO	12
2.2. INSATISFACCIÓN DE LAS VÍCTIMAS CON LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA	13
2.3. IMPOSIBILIDAD DE CUMPLIR EFECTIVAMENTE EL MARCO CONSTITUCIONAL	14
II. JUSTICIA RESTAURATIVA	17
1. INTRODUCCIÓN AL MODELO	17
2. PRINCIPIOS DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA	18
2.1. EL CRIMEN ES UNA OFENSA CONTRA LAS RELACIONES HUMANAS.	19
2.2. LAS OFENSAS ORIGINAN RESPONSABILIDADES.	20
2.3. LA FINALIDAD DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA ES LA REPARACIÓN DEL DAÑO.	20
3. LA JUSTICIA RESTAURATIVA Y LA JUSTICIA PENAL TRADICIONAL	21
4. PRÁCTICA DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA	22
4.1. GENERALIDADES DE LOS PROCESOS RESTAURATIVOS	24
4.2. PROCESOS RESTAURATIVOS EN ESPAÑA. ESPECIAL REFERENCIA A LA JUSTICIA DE MENORES.	26
CONCLUSIONES	30
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	33

INTRODUCCIÓN

No es ninguna novedad analizar el concepto de Justicia. Sin embargo, aún habiendo sido un tema a tratar tan recurrente para la humanidad, sigue generando muchísimos interrogantes. Permite todavía mucha reflexión.

No podemos afirmar la existencia de una definición absoluta desde el plano teórico y metafísico – aunque haya habido muchas teorías propuestas – que pueda ser universalmente reconocida. Desde un punto de vista formalista se ha perseguido responder a lo que parece una simple pregunta como «¿qué es la justicia?». Se aspira llegar a la esencia de esta; pretensión, hasta ahora, sin éxito.¹

Y es que, tal vez, pudiera haber tantas definiciones como individuos: la idea de justo no parece ser considerada de igual forma por un hombre nacido en Riad; que una trabajadora de la industria textil en China; o un hombre del norte de Europa de clase media. Todos ellos estarán influenciados por muy diversos contextos culturales, religiosos o sociales que parecen impedir una igual consideración de lo que es justo o injusto.

Aunque no es necesario irse tan lejos: incluso brechas generacionales en una familia hacen que sus distintos miembros difieran en su calificación de qué es justo y qué no. Por ejemplo, podemos pensar en aquellas desavenencias entre los desesperados padres y el hijo adolescente y su dificultad para encontrar una opinión común.

Así, el concepto de justicia podrá variar en función de cada sujeto: dependerá de las creencias de su grupo cultural y, dentro del mismo, de su propia experiencia y de cómo es por él interpretada, en función de diversos factores como inteligencia, acceso al conocimiento o edad.

¹ KELSEN H. Ensayo *¿Qué es la justicia?*, Ariel, Barcelona, 1982, p.21

Cierto es que, aunque no hayamos hallado esa precisa concreción a la que me refiero, esa «definición absoluta», hay ciertas bases comunes en el pensamiento de los grandes autores: la justicia es el principio para la buena ejecución de las relaciones humanas, es la armonía, el equilibrio. Es concebida como el punto de partida para llegar a otros fines. Fines como la libertad, la paz o la tolerancia.²

El problema claro que esto conlleva es que la falta de conceptualización y claridad de ideas no existe únicamente en el plano teórico, sino que se traslada también a la práctica, a cómo nos enfrentamos ante lo injusto en nuestra realidad. Probablemente estas carencias en ambos planos vayan de la mano: la dificultad de determinar el arquetipo de la justicia nos arrastra hacia la confusión sobre cómo materializarla.

Porque, ¿a qué se refiere la sociedad cuando escuchamos, en todos los medios de comunicación posibles, el omnipresente «no hay justicia»? Es posible, por qué no, que se estén refiriendo a la justicia como ética de la virtud, o que critiquen desde un punto de vista metafísico la falta de una efectiva justicia distributiva – la falta de un reparto de las cosas en función del mérito de cada uno, al que hacía referencia Aristóteles³ –, también ausente en nuestra sociedad. Sin embargo, me inclino a pensar que las críticas no van por esta senda, sino que, siguiendo la clasificación de Aristóteles⁴, van más encaminadas al reproche de lo que él llamó justicia rectificadora. Esto es, aquella que pretende revertir un acto injusto ya producido, que pretende restaurar una situación equitativa; a aquello que entendemos hoy en día como justicia penal.

Decía Aristóteles que se trataba de aquella justicia en cuanto a los actos humanos que originan injustos. Es, por ejemplo, el caso de quien recibe una herida y quien la produce. Son injustos que provocan situaciones de desigualdad entre las personas. El sometimiento al juez es el sometimiento a la justicia, el juez es la justicia animada. Es su función restablecer la igualdad que antes del acto injusto había.⁵ Muy gráficamente, exponía: «el juez restablece la igualdad; ocurre como si se tratase de una línea dividida en partes desiguales, restase aquello por lo que excede de la mitad el segmento mayor y lo añadiese al segmento menor. Y una vez dividido igualmente el

² *Ibidem*

³ ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*: Libro V, Capítulo III

⁴ *Ibidem*

⁵ *Ibidem*

todo, entonces se dice que cada parte tiene lo suyo, es decir, cuando se consigue la igualdad”.⁶

Introducía el filósofo dos términos clave: el daño y el provecho. Cuando alguien tiene más de lo propio se llamará *provecho* y cuando se tiene menos de lo propio se llamará *daño*. Lo justo sería que no se obtuviese ni más ni menos de lo que a uno pertenece, es decir, tener *lo suyo*: ni se obtiene provecho ni se sufre daño. Lo justo es lo intermedio, tener igual cantidad antes y después. Puede resultar fácil afirmar que cada uno deba tener lo suyo, que el juez deba restablecer esa igualdad que antes había como si de cortar o sumar segmentos se tratase. Mucho más difícil resulta la práctica.

Se han planteado históricamente numerosas formas, propuestas para abordar el conflicto y restaurar esa igualdad de la que hablamos. Tradicionalmente, esta desigualdad se ha procurado solventar por medio del castigo al ofensor, es decir, de la imposición a él de una pena. Han sido numerosos filósofos los que han abordado el concepto del castigo y varias las teorías elaboradas acerca de la justificación de la pena, de su fin.⁷ En el modelo *retributivo* – denominado históricamente como teoría absoluta – el castigo es considerado como la principal respuesta frente al acto delictivo, es justo devolver el mal por el mal; quien comete el delito debe pagar por ello. Por otra parte, como respuesta al retribucionismo, se formularon también teorías llamadas *utilitaristas o relativas*, entre las que se incluirían las teorías de *prevención especial y prevención general*. En la primera, el delincuente es el elemento básico de la pena, diferenciándose *finés positivos* – la pena debe dirigirse a la reinserción del delincuente – y *finés negativos* – la función de la pena es que el delincuente no pueda volver a cometer el delito, digamos, se le neutraliza –. Con respecto a la segunda, las teorías de prevención general, parten de que el elemento básico, el sujeto, es la sociedad en general, ya que la pena sirve como medio para dar a conocer la consecuencia del delito. Se diferencian también entre *positivas* – el fin es la prevención y consecución de un orden social – y *negativas* – el fin primario es la intimidación general a fin de evitar la repetición del delito –.⁸ Por el contrario, otras corrientes, críticas con el sistema de imposición de penas, partieron del rechazo al uso del castigo como método de resolución del conflicto. El *abolicionismo penal* propone la terminación – abolición – del sistema penal como

⁶ *Ibidem*

⁷ RABOSI E.A., *La justificación moral del castigo*, Astrea, Buenos Aires, 1976, p. 15.

⁸ CALVO M., *Teoría del Derecho*, Tecnos, Madrid, 2ª edic., 2000, pp. 210-213.

poder punitivo en su conjunto, poniendo asimismo en duda la propia legitimación del sistema penal.⁹

Sin embargo, a pesar de las muchas formulaciones que tratan de dar respuesta a cómo actuar ante el delito, parece haber todavía mucho margen para la mejora de nuestra Administración de Justicia. Acostumbramos – continuando el símil de Aristóteles – a recortar siempre de una parte, a castigar al que comete el delito, sin sumar efectivamente al ofendido, sin aportar nada más que venganza al que ha sufrido lo que consideramos como injusto. Resulta necesario, por lo tanto, hallar formas para que se garantice una justicia que realmente proporcione igualdad y revierta el daño cometido, que haga partícipe en esa restauración a la víctima, que sume. Es por esto que pretendo en este trabajo acercarme a las propuestas de un modelo basado en estas premisas, como es la filosofía de la Justicia Restaurativa. Probablemente no pueda ser concebido como sistema absoluto a seguir en todas sus proposiciones, pero sí como un modelo básico que puede servir de inspiración para la consecución, o al menos, acercamiento, de lo que podamos considerar como mejora de la Justicia.

A mi entender, esta debe ser la misión y elemento inspirador de nuestro Derecho: la búsqueda de la praxis para una real obtención de una igualdad, de la Justicia. Un derecho que sea valorado por la sociedad y percibido como pieza fundamental para la protección de sus derechos y realmente útil como solucionador de lo que entendemos por situaciones de injusticia.

⁹ MAKINTACH J., «Manifestaciones del abolicionismo» en *Las tesis de Belgrano*, núm. 148, Buenos Aires, 2006, p. 11.

I. LA JUSTICIA PENAL ACTUAL

La finalidad del Derecho Penal resulta consensuada, por norma general, en los manuales.¹⁰ No es otra que la «protección de bienes jurídicos a través de la sanción de las acciones humanas consideradas por el legislador como delitos y, de esa manera, procurar una ordenada convivencia social».¹¹

Los actos tipificados como delitos acostumbran a ser las injusticias que más indignación causan en la sociedad a corto plazo. Cuando se asevera que «no hay justicia», no creo que se esté criticando puntualmente que se haya producido ese delito (ya de por sí, a mi entender, injusto) sino que la crítica radica en que los mecanismos de nuestro Estado que proporcionan justicia no son capaces de responder como el emisor considera que debería ser.

1. TEORÍA DEL MODELO PENAL TRADICIONAL

En una síntesis muy breve, el desarrollo del sistema penal actual en líneas superficiales sería el siguiente:

El Código Penal y leyes especiales recogen una serie de acciones humanas tipificadas como delito, basándose en el desvalor social ante ese acto determinado y con el objetivo de defender los bienes jurídicos considerados relevantes. El rechazo generalizado de la sociedad ante una determinada acción entendida como injusta ayuda

¹⁰ GUILLAMONDEGUI, R., *Los discursos de emergencia y la tendencia hacia un Derecho Penal del enemigo*, extraído de www.carlosparma.com.ar (consultado el 16-04-2015), p. 2.

¹¹ JESCHECK, H. - WEINGEN, T., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Traducción de Olmedo Cardenette, Comares, Granada, 2002, p. 2.

a la tipificación de los delitos por el Estado. En caso de vulneración de una de estas leyes tipificadas, son, generalmente, los principales afectados quienes denuncian el hecho y, a partir de ahí, es el Estado quien gestiona el procedimiento penal. El infractor es juzgado puesto que ha transgredido una ley estatal, y es el Estado quien se encarga de hacer uso de los medios que él considera necesarios para enjuiciar la acción. Será también el Estado quien finalmente considere la pena oportuna para el infractor y quien se encargue de la efectiva ejecución de la sentencia, como estime conveniente.

Así pues, parece posible afirmar que el Estado es quien asume la práctica totalidad del conflicto¹², convirtiéndolo, en la práctica, en propio. Parece más una ofensa hacia él que hacia unas víctimas individuales. Hay una fórmula de abstracción en este sentido, ya que, bajo esta concepción, el Estado se posiciona, digamos, «delante» del conflicto provocado¹³, el cual conoce y juzga, para luego él imponer la solución que considera apropiada. Solución, casi únicamente, basada en el castigo de quien infringió la norma.

Es un modelo penal que se presenta muy consolidado, difícilmente susceptible de cambios profundos en sus principios, que, como parte negativa, podríamos decir que no parece estar primordialmente dirigido y pensado hacia la reparación de la víctima. Invita a parecer un modelo como el que Immanuel Kant, en el libro *Metafísica de las Costumbres*, argumentaba como necesario. Con matizaciones, por supuesto. Decía el filósofo prusiano que la retribución era el principio necesario para garantizar la justicia; que el propio castigo no debía ser un medio que satisficiera la necesidad de venganza de la víctima o promoviera algún tipo de bien a la sociedad civil, sino que el castigo debía ser impuesto por razón de haberse cometido un crimen, sin necesidad de más justificación. El castigo era una cuestión de justicia, ya que así lo determinaba la ley y así debía cumplirse. La pena no podía tener otro objetivo que no fuese el castigo. Afirmaba que la forma para medir los castigos debía ser la de la aproximación a la igualdad, esto es, acercándose a la conocida como Ley del Talió.¹⁴ Por supuesto que actualmente esta última parte descrita del pensamiento de Kant, referida a la Ley del Talió, parece estar más que superada – hay una medición basada en una

¹² CHRISTIE, N., «Los conflictos como pertenencia», en *De los delitos y las víctimas*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992, p. 162.

¹³ *Ibidem*

¹⁴ CORTINA ORTS, A., *Estudio Preliminar en Metafísica de las Costumbres*, Kant I., Tecnos, Madrid, 2008, p.58.

proporcionalidad, no en la igualdad – sin embargo, se trata de un debate, el de si las penas de nuestro Código Penal actual son proporcionales con los delitos, que todavía causa diferencias de opiniones.

1.1. Endurecimiento de las penas como equivalente de mayor justicia

Tal vez, afirmarán algunos, la mejor forma sería la de endurecer las penas. Con el hecho de alargar las penas, dicen, nuestro sistema penal sería más justo. El condenado, en lugar de estar diez o quince años en prisión, podría estar veinte o treinta por ese delito. O, incluso, cadena perpetua.

Ante hechos que causan una especial conmoción en la sociedad, es recurrente en el discurso político prometer un endurecimiento de las penas a imponer en el campo específico en el que se cometió ese delito turbador, siendo esto solo una muestra del uso vengativo que se le pretende dar a la pena privativa de libertad. En medio de este populismo penal se ha debatido incluso la instauración de la cadena perpetua, la cual no es sinónimo ni de una mayor justicia ni una menor criminalidad. Que un país aplique la cadena perpetua como pena no tiene por qué significar una menor criminalidad o una menor población en sus cárceles. A modo de ejemplo, en España, la tasa de homicidios es de 0,6 homicidios por cada 100.000 habitantes. Sin embargo, Estados Unidos, país de cultura occidental ampliamente reconocido por aplicar la cadena perpetua, cuenta con una tasa de 3,8 homicidios por cada 100.000 habitantes, más que cualquier país de la Unión Europea.¹⁵ La población reclusa en España es de 141 reclusos por cada 100.000 habitantes mientras que, Estados Unidos, aloja 698 reclusos por cada 100.000 habitantes.¹⁶ Estos datos, por tanto, parecen avalar que un mayor empleo de las penas privativas de libertad por parte del Estado, así como una política criminal con dilatados periodos de castigo no es sinónimo de unos menores índices de criminalidad.

¹⁵ Fuente: Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, extraído de <https://data.unodc.org/#state:8>, consultado el 20-06-2015.

¹⁶ Fuente: *International Centre for Prison Studies, ICPS*. En www.prisonstudies.org, consultado el 20-06-2015

La cuantía de la pena debería determinarse en atención a unos criterios básicos de utilidad:¹⁷ primero, tiene que ser capaz de desmotivar al posible infractor y a otros de cometer el mismo delito y, segundo, tendría que ser de una duración que no impida la recuperación de este para la sociedad. En referencia a esto, Díez Ripollés hace una ilustración del alcance del, a su entender, ya suficiente castigo que suponen penas actuales en el marco de una vida, cuyo máximo generalmente es de 30 años, con posibilidad incluso de 40 años: « Si partimos, en trazos gruesos, de una esperanza de vida en torno a 80 años, y descartamos los primeros 20 años de vida por ser época de maduración personal, y los últimos 10 años de vida por ser ya bastante carga sobrevivir en condiciones mínimamente aceptables, nos quedan, en el mejor de los casos, 50 años. Ello suponiendo que el que ha cometido ese delito execrable es condenado a la temprana edad de 20 años, algo infrecuente. Ese intervalo de 50 años correspondería con el tramo de vida en que cualquier ciudadano intenta, si es que puede, desarrollar su proyecto vital y durante el que ha de responder plenamente por lo que hace. »¹⁸

Una condena mayor a estos treinta años, por lo tanto, es parecida a esa cadena perpetua defendida, pues ya con este periodo habría muy poco tiempo para la reconciliación con la sociedad de quien ha delinquido, no sería posible defender que las penas privativas de libertad están orientadas a la educación y la reinserción social, sino que su función única y principal sería la de satisfacer una necesidad de venganza de las víctimas o de los familiares de víctimas.

2. PRÁCTICA DEL MODELO ACTUAL: PUNTOS DÉBILES PRINCIPALES

2.1. Propiedad del conflicto del Estado

Como se desprende de la lectura del título anterior, la víctima se encuentra, en gran parte de los procedimientos, desplazada del escenario. Se convierte simplemente en el desencadenante del asunto a enjuiciar. Se le impide ser parte crucial en relación con el delito que ha sufrido.

¹⁷ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., (12 de noviembre de 2013), *Los límites a las penas máximas*, El País, extraído de http://elpais.com/elpais/2013/11/11/opinion/1384190081_368854.html, consultado el 25-05-2015

¹⁸ *Ibidem*

En palabras de Nils Christie: «La víctima es una especie de perdedora por partida doble, primero, frente al delincuente, y segundo—y a menudo de una manera más brutal— al serle denegado el derecho a la plena participación en lo que podría haber sido uno de los encuentros rituales más importantes de su vida. La víctima ha perdido su caso en manos del Estado.»¹⁹

Que el Estado asuma toda la representación en el proceso que juzga el hecho dañoso impide considerar lo que la víctima pueda decir; no se está proporcionando una solución para ella – quien ha sufrido verdaderamente la injusticia – más allá de saber que el delincuente está en prisión. Que el Estado sea propietario de la exclusiva aplicación del «ius puniendi»²⁰ – algo, a mi entender, necesario – no debería significar que tenga que monopolizar todo el procedimiento penal en detrimento del que debiera ser el derecho de las víctimas a participar directamente en el proceso penal relativo al delito por el que se han visto afectadas. Y es que son las víctimas, las personas, y no el Estado, quienes sufren real y directamente el delito y sus consecuencias.

2.2. Insatisfacción de las víctimas con la Administración de Justicia

Hay, por alguna razón, una baja popularidad general sobre cómo funciona nuestra justicia penal (obtuvo una puntuación de 4,4 puntos sobre 10 en el último Barómetro publicado por el CGPJ)²¹. No parece ser que esta mala calificación de la justicia penal por parte de la población sea únicamente por defectos procesales, como retrasos, o por los últimamente frecuentes casos de corrupción de altos cargos y la sensación de impunidad – que, posiblemente, también tengan relación con la impopularidad de la justicia penal en la actualidad –.

Las sentencias parecen no ser nunca del agrado de la población mayoritaria y, sobre todo, lo que es peor, tampoco de las víctimas y familiares de estas, que acostumbran a mostrar su descontento en medios de comunicación. Parece haber una

¹⁹ CHRISTIE, N., «Los conflictos como pertenencia», en *De los delitos y las víctimas*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992, p. 163.

²⁰ GIMENO SENDRA V., *Manual de Derecho Procesal Penal*, Colex, 4ªed., 2014, p. 40.

²¹ Décimo Barómetro del CGPJ, *Encuesta a población general sobre Administración de Justicia*, 2008.

opinión general de que hay una ineficiente capacidad para dar solución a todos los implicados en el marco de la acción tipificada, dando lugar a una sensación de una justicia ineficaz, un Derecho incapaz de proteger aquellos intereses que la sociedad considera importantes (intereses como la vida, libertad, propiedad, orden o seguridad públicas).²² Parece entreverse un problema de fondo, de cómo hacemos justicia.

Si la justicia tiene que ser igualdad, nuestra Administración de Justicia tiene que ser capaz de proporcionar mecanismos que realmente restauren una situación que se ha convertido en desigual por la comisión de un delito y, hacer posible, dentro de la medida y posibilidades, un restablecimiento a la situación anterior que satisfaga a quienes sufren.

2.3. Imposibilidad de cumplir efectivamente el marco constitucional

Es necesario, por supuesto, tener en consideración que las penas privativas de libertad tienen que respetar el marco constitucional propuesto en el artículo 25.2 de la Constitución Española²³, el cual dispone unas orientaciones básicas que deben cumplirse y deberían inspirar las leyes penales, procesales y penitenciarias de nuestro ordenamiento jurídico. Concretamente, se establece que las penas de prisión deben ir orientadas a la reeducación y reinserción social. Aunque estos conceptos puedan no tener una definición objetiva y unánime, es posible un acercamiento común: «la *reeducación* debe ser entendida como la actividad dirigida a combatir las causas de la delincuencia y evitar que la persona vuelva a delinquir; mientras que la *reinserción* consiste en que durante la ejecución de la condena la persona sea reincorporada a la comunidad.»²⁴ Así, la rehabilitación del delincuente se habrá producido cuando este

²² GUILLAMONDEGUI, R., *Los discursos de emergencia y la tendencia hacia un Derecho Penal del enemigo*, Artículo de la edición digital de www.carlosparma.com.ar, p. 2., consultado el 10-06-2015

²³ Art. 25.2 CE: «Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad.», extraído de http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1978-31229 (consultado el 10-05-2015)

²⁴ CID MOLINÉ, J., «El sistema penitenciario en España», ANDRÉS IBAÑEZ P., (coord.), en *Revista Jueces para la democracia*, nº45, Unigraf, Madrid, 2002, p.21.

haya sido reeducado, es decir, sea consciente del daño del delito y sus consecuencias, siendo disuasorio este conocimiento ante la posibilidad de realizar nuevos delitos; y haya sido reinsertado a la sociedad, para lo que es necesario su perdón por parte de la comunidad, sobre todo por los que más directamente fueron afectados.

Se contemplan en la actualidad ciertas actividades rehabilitadoras ofrecidas por las instituciones penitenciarias, tales como, entre otras, la educación, la formación profesional, el trabajo y programas específicos de tratamiento.²⁵ Aunque estas actividades son también necesarias y complementan la rehabilitación del condenado, la referida rehabilitación parece resultar difícilmente alcanzable mediante un sistema penal en el que no hay posibilidad apenas de contacto con los miembros de la comunidad afectada, lo cual favorecería la reeducación y la reinserción conjuntamente. El diálogo voluntario entre las partes, por ejemplo, puede tener también una función pedagógica para el ofensor. Por tanto, para hacer posible la rehabilitación mencionada de quien ha delinquido hace falta proponer medios que permitan su inclusión; no es posible cumplir con lo dispuesto en la Constitución por medio tan solo de castigo al reo sin que se trate por su parte activamente el hecho dañoso que ha cometido. La consecución de este precepto no es posible castigando únicamente mediante penas, sino que es necesario hacer tomar consciencia a quien ha hecho sufrir a otras personas de la dimensión y efectos de lo que hizo en las víctimas. La reinserción no se consigue manteniendo alejados del proceso a los diferentes actores.

* * *

En este modelo de entender la justicia penal el delito es, pues, un problema entre el Estado y el delincuente, donde a la víctima del crimen no se le permite participar de manera activa. El crimen es un acto en contra del Estado, una violación de la ley, no un acto directamente en contra de una víctima, consideradas secundarias en el proceso. Se trata de una justicia reactiva: un modelo enfocado a establecer una culpa sobre un acto cometido en el pasado, siendo el castigo el principal medio impuesto para disuadir

²⁵ *Ibidem*, p. 22.

y prevenir otro delito. Considera que un castigo proporcionado es una respuesta moralmente aceptable a la falta. La reparación de la ofensa se realiza con una sanción equivalente, independientemente de si el castigo proporcionará beneficio alguno a quien sufrió esa falta. Parece, frecuentemente, que no hay idea clara por parte del legislador de cómo dar solución al conflicto, de qué hay que hacer; pues la solución de los problemas no debería pasar únicamente por endurecer las penas. Tal vez, el sistema penal actual, necesite ser orientado de otra manera.

II. JUSTICIA RESTAURATIVA

1. INTRODUCCIÓN AL MODELO

Por lo dicho anteriormente, parece posible y realista asegurar que el modelo actual de justicia penal resulta mejorable. Es posible un modelo que integre a las principales partes en un delito, ofensor y ofendido, así como a otras personas que entran en el radio de efecto del delito. Es realista porque sí puede llevarse cabo materialmente a través de programas de colaboración entre el infractor y las víctimas, así como mediante la inclusión de procedimientos restaurativos donde se tenga más en cuenta la voluntad de los afectados.

No es nada fácil llegar a un consenso acerca de cómo deberíamos actuar ante estos actos que consideramos injustos. Es el legislador quien debe tener en cuenta los cambios que desarrolla la sociedad en este aspecto e ir adaptando la norma para llegar así al fin de la justicia. Es, en última instancia, quien decide, a si la venganza es la manera de afrontar el conflicto o puede haber cabida a la reconciliación.

La justicia restaurativa surge como un modelo alternativo y crítico del funcionamiento del sistema penal actual, de cómo este actúa en presencia de crímenes y cómo se aborda el delito.²⁶ Se critica un carácter represivo y, entienden, retributivo, fundamentándose el otro como una necesidad de conciliación entre la víctima y victimario. La justicia, según esta propuesta, debería, en vez de focalizarse en torno al hecho delictivo en sí mismo y en el autor de este, girar su atención hacia la víctima y el daño ocasionado. Se pretenden proteger, en primer lugar, los intereses de la víctima

²⁶ ZEHR H., *El pequeño libro de la justicia restaurativa*, Good Books, 2007, p. 18

(reparación del daño sufrido), así como del victimario (conseguir una efectiva rehabilitación del mismo).

Es la justicia restaurativa, en palabras de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, «cualquier proceso en el que la víctima y el ofensor y, cuando sea adecuado, cualquier otro individuo o miembro de la comunidad afectado por un delito participan en conjunto de manera activa para la resolución de los asuntos derivados del delito, generalmente con la ayuda de un facilitador.»²⁷ Hay que tener en cuenta, sin embargo, como Howard Zehr – considerado como uno de los precursores iniciales de la justicia restaurativa²⁸ –matiza, que no se trata de una definición universal, pues la filosofía de la justicia restaurativa cuenta en la actualidad con un desarrollo doctrinal vivo, si bien es cierto que pueden enunciarse ciertas bases consensuadas.²⁹

2. PRINCIPIOS DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA

Estas bases mencionadas tienen que ser, por tanto, pilares muy simples que permitan la construcción de la filosofía de la justicia restaurativa a partir de la deducción sobre estas. Encauzan los nuevos procedimientos reparadores que puedan aparecer ya que y ayudan a la creación de nuevos, los cuales tienen que fundamentarse en el respeto a estas bases. Los principios más elementales y que permiten posteriormente un mayor desarrollo son, a mi juicio, tres, así recogidos en un artículo titulado *Fundamental Principles of Restorative Justice*³⁰ («Principios Fundamentales de la Justicia Restaurativa»).

²⁷ OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO, *Manual sobre programas de justicia restaurativa*, p. 5, extraído de https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Manual_sobre_programas_de_justicia_restaurativa.pdf, consultado el 30-06.2015

²⁸ UMBREIT M. S. y ARMOUR M. P., *Restorative Justice and Dialogue: Impact, Opportunities, and Challenges in the Global Community*, L. & Pol'y 65, Washington, 2011, p. 65.

²⁹ ZEHR H., *El pequeño libro de la justicia restaurativa*, Good Books, Estados Unidos, 2007, p. 45.

³⁰ MIKA H. y ZEHR H., «Fundamental Principles of Restorative Justice», en *The Spiritual Roots of Restorative Justice*, HADLEY M. L. (dir.), State University of New York Press, Albany, 1998, pp.47-55.

2.1. El crimen es una ofensa contra las relaciones humanas.

En todo crimen hay ofendidos. Tanto las personas como la comunidad son víctimas del delito. No sufre únicamente la víctima directa, sino que miembros de su entorno, como familiares (tanto del ofendido como del ofensor), testigos, la comunidad en sí; se ven también afectados,³¹ – hay autores que diferencian estas víctimas como víctimas primarias y víctimas secundarias³² –. El delito, se afirma, no afecta solo a la víctima primaria, ya que tiene impacto también en la sociedad. Generan miedo y rechazo en la comunidad, evitan una armonía y paz social.

Parece lógico afirmar que, quienes han sufrido el acto injusto, todos ellos, requieran una restauración y tener la posibilidad de implicarse y participar en el proceso. Así pues, tienen que ser todos los afectados quienes sean parte principal en el proceso restaurativo. Con esto, me refiero tanto a quienes ofenden como a los ofendidos – primarios o secundarios –. La participación de todas estas partes en la restauración del daño causado, se entiende, debería ser directa, a fin de llegar a una verdadera solución, sin perjuicio de que la participación por parte de las víctimas que han sido más gravemente afectadas por el crimen cumpla un papel más determinante si así lo prefiriesen.

Se deduce que tienen que ser los realmente involucrados en el delito quienes deban buscar la restauración del mal que han causado o sufrido, y no el Estado, quien tome el papel principal como ofendido directo por el delito. El Estado, en cambio, sí debería ayudar y ofrecer medios a las partes en la reparación, acercarlas, ser administrador del procedimiento.³³

³¹ MIKA H. y ZEHR H., «Fundamental Concepts of Restorative Justice», en *Restorative Justice: Critical issues*, MCLAUGHLIN E. (editor), The Open University, Milton Keynes, 2003, p. 41

³² MCCOLD, P. y WACHTEL T., *En busca de un paradigma: una teoría sobre justicia restaurativa*. Ponencia presentada en el XIII Congreso Mundial sobre Criminología, del 10 al 15 de agosto de 2003, en Río de Janeiro. International Institute for Restorative Practices, p.2, extraído de http://www.iirp.edu/iirpWebsites/web/uploads/article_pdfs/paradigm_span.pdf, consultado el 30-06-2015

³³ VAN NESS D. W., «Principios y desarrollos actuales de la justicia restaurativa», en *Justicia Restaurativa en Costa Rica: Acercamientos Teóricos y Prácticos*, BERNAL ACEVEDO F. y VASTILLO VARGAS S., (Compiladoras), I Congreso de Justicia restaurativa, CONAMAJ, Costa Rica, 2006, p.36

2.2. Las ofensas originan responsabilidades.

Quien ofende tiene que resarcir el daño por él causado.³⁴ Todo daño tiene su consecuencia. Se hace responsable al ofensor de su subsanación por haberlo provocado. Al entenderse que el daño se ha producido a unas víctimas individuales y una comunidad, deberán dirigirse hacia estos los esfuerzos para la reparación. Es necesario para ello que el infractor tome consciencia de las repercusiones del acto realizado y su verdadero impacto en las víctimas y la comunidad en general.

La participación de las partes no puede ser sino voluntaria, basada en la cooperación; ninguna utilidad tiene la aplicación de procesos restaurativos si los sujetos rechazan la rehabilitación del daño por esta vía³⁵, ya que un procedimiento realmente reconciliador debe basarse en la verdad y predisposición a la conciliación como medio indispensable para una restitución sincera y beneficiosa para los afectados.

Tiene también la comunidad una responsabilidad en la búsqueda de la solución del delito, ya que actúa como soporte del proceso, velando por el correcto funcionamiento del procedimiento y tratando de proteger a quienes están implicados. La comunidad debe también saber contener y canalizar posibles deseos de venganza que se deriven o planteen como solución viable por medio de una construcción ética y moral que ayude a los afectados.

2.3. La finalidad de la justicia restaurativa es la reparación del daño.

La víctima, como parte central y principal perjudicada por la comisión del delito, es quien debe gozar de un mayor apoyo desde un primer momento, satisfaciéndose, en la medida de lo posible, sus necesidades. La Administración de Justicia facilita su recuperación y bienestar, gestionando un proceso que proporcione oportunidades para la participación, el diálogo y el acuerdo entre las partes. Claro está que estos encuentros no

³⁴ MIKA H. y ZEHR H., «Fundamental Concepts of Restorative Justice», en *Restorative Justice: Critical issues*, MCLAUGHLIN E. (editor), The Open University, Milton Keynes, 2003, p. 41

³⁵ BERNUZ BENEITEZ M.J., «Las posibilidades de la justicia restaurativa en la justicia de menores (española)», en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, 2014, núm.16-14, p.19.

tienen por qué desarrollarse de una manera directa o contraria a la voluntad, sino que son las partes quienes se posicionan instruyendo cómo llevar el avance de la recuperación. Es la víctima la que propone cómo entiende que ha sido el daño causado y qué requiere para su reconciliación («comprensión subjetiva del daño»)³⁶.

El modo de alcanzar una justicia reparadora no puede basarse en el castigo y avergonzamiento de quienes ofendieron; la justicia no debe estigmatizar el pasado sino buscar la reparación del daño. Se considera que los ofensores necesitan también ayuda por parte de la justicia, requieren que se incluyan medios para su rehabilitación e integración en la comunidad tras el delito. El daño no es reparado si solo se recupera una de las partes. El perdón y la reconciliación con la víctima son oportunidades que permiten un avance en la rehabilitación del ofensor. Darse cuenta del daño que se ha ocasionado a la persona y a la comunidad es imprescindible para el repudio del delito, y esto a su vez necesario para evitar la reincidencia. La reinserción social requiere el rechazo al delito.

3. LA JUSTICIA RESTAURATIVA Y LA JUSTICIA PENAL TRADICIONAL

Para llegar a la conceptualización y clarificación de lo que es la justicia restaurativa resulta muy interesante su comparación con el sistema penal actual, pues permite visualizar las diferencias entre una y otra de una manera más directa y clara.

Un apunte inicial: el sistema penal tradicional y la restauración no son polos totalmente opuestos, no son formas totalmente enfrentadas de entender la justicia penal³⁷. Es más, afirma Howard Zehr, «tienen mucho en común».³⁸

Tanto el modelo penal tradicional y el restaurativo coinciden en que el hecho injusto, la ofensa, crea una desigualdad, por lo que es necesario para nuestra justicia restaurar la situación equitativa anterior, igualar las partes desemejantes – como decía

³⁶ Ibidem, p.3

³⁷ BRUNK C., «Restorative Justice and the Philosophical Theories of Criminal Punishment» en *The Spiritual Roots of Restorative Justice*, HADLEY M. L. (dir.), State University of New York Press, Albany, 2001, p. 31-56.

³⁸ ZEHR H., *El pequeño libro de la justicia restaurativa*, Good Books, 2007, p.71.

Aristóteles, por medio de restar a una y sumar a la otra –. En cambio, aunque el resultado buscado sea el mismo – igualar el equilibrio roto –, no lo es la solución propuesta para llevar esto a cabo.

Las diferencias entre ambos modelos son, aún así, notables. La justicia restaurativa trata de apartar la idea de que el delito es tan solo una transgresión de la norma penal del Estado, sino que este es, ante todo, una acción humana que causa un daño a las personas. Es por esto, que para el sistema penal tradicional, el delito es un conflicto entre el Estado y quien ha infringido la norma; se sitúa abstractamente a la víctima detrás del Estado, en vez de ser un conflicto entre las personas – ofensor y ofendido – que requiere alcanzar y buscar una solución por parte de los protagonistas. Propone la justicia restaurativa que esa solución se alcance con la ayuda de la comunidad, fomentando la reciprocidad y colaboración entre los participantes.

Defensores de la justicia restaurativa argumentan³⁹ que el modelo penal actual se centra en el pasado, en el reproche, en la culpabilidad de quien hizo la acción; en lugar de mirar al futuro y tratar de buscar una solución efectiva al conflicto. Porque, se afirma, que quien delinquiró tiene responsabilidades sobre lo que hizo, y tiene que tratar activamente de reparar el daño que causó, no limitarse a cumplir una pena impuesta sin aportar él nada. Hay que buscar el arrepentimiento, la compensación y la comprensión de los efectos del delito cometido por el ofensor para que así pueda comprometerse sinceramente en la reparación del daño, en vez de limitarse únicamente a cumplir un castigo, una pena, como única solución para el conflicto.

4. PRÁCTICA DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA

Actuaciones que hoy en día se considerarían como prácticas restaurativas pudieron ser desarrolladas por otras sociedades como una forma ordinaria para la solución de los conflictos en una determinada comunidad. Las bases en las que se fundamenta la

³⁹ MÁRQUEZ CÁRDENAS A. E., «La justicia restaurativa versus la justicia retributiva en el contexto del sistema procesal de tendencia acusatoria» en *Prolegómenos. Derechos y Valores*, vol. X, núm.20, julio-diciembre, 2007, Universidad Militar Nueva Granada, Bogotá, pp. 204.

justicia restaurativa no son una completa novedad en la humanidad; tampoco la experiencia es nueva.

Por ejemplo, antes de la irrupción del Imperio Británico en Nueva Zelanda, la tribu indígena, maoríes, resolvían el conflicto a través de la participación de, lo que entendían, eran todos los implicados: ofensor, ofendido y una familia extensa, una comunidad – whānau –⁴⁰, para lo cual se reunían todos juntos, tratando de restaurar la armonía común rota – hay que matizar, que, sin embargo, esta no era su único objetivo ni procedimiento, pues también había cabida para el castigo dependiendo de las ofensas.⁴¹

Otro ejemplo llamativo era el que se daba en el antiguo derecho judío. Se contemplaban dos procedimientos distintos para reparar ofensas. El primero, el *mispat*, era parecido al procedimiento actual que conocemos: un ofendido llevaba a conocimiento de un tercero, un juez, la ofensa que le había producido otra persona. Este proceso se llevaba a cabo en caso de que ofensor y ofendido no se conociesen previamente o estuviesen enemistados. Pero, en cambio, cuando ofensor y ofendido formaban parte de una misma familia o habían sido amigos, no se contemplaba la realización del juicio anterior, es más, no era posible, sino que la solución tenía que desarrollarse por medio de un procedimiento llamado *rib*.⁴² Resulta notable que en este procedimiento, la acusación del ofendido no fuese la acción que produjo la ofensa, sino lo que ella desencadenó. Así, por ejemplo, eran acusaciones de «traición, de ingratitud, de ruptura de un pacto, de una relación, de una confianza».⁴³ Lo culpabilidad residía en el daño provocado en la relación humana, más que en la acción en sí misma. Al haber una relación humana anterior, no se contemplaba este procedimiento como la forma de determinar un castigo al ofensor, sino que la solución debía darse «a través del reconocimiento de la ofensa cometida, el perdón y por tanto la reconciliación y la paz».⁴⁴

⁴⁰ MIKA H. y ZEHR H., «Fundamental Concepts of Restorative Justice», en *Restorative Justice: Critical issues*, MCLAUGHLIN E. (editor), The Open University, Milton Keynes, 2003, p. 46.

⁴¹ *Ibidem*

⁴² ZAGREBELSKY G., «La idea de justicia y la experiencia de la injusticia», en *La exigencia de justicia*, ZAGREBELSKY G. y MARTINI C. M, Trotta, Madrid, 2006, p. 37.

⁴³ *Ibidem*, p.39

⁴⁴ *Ibidem*, p. 37

4.1. Generalidades de los procesos restaurativos

Ha habido un importante desarrollo a partir de las décadas de los 70 y 80 en relación con lo referido a la práctica de la justicia restaurativa⁴⁵. Los procesos, como ya mencioné anteriormente, se desarrollan inspirados por los principios de la justicia restaurativa, desde los cuales se pretende perfeccionar la consecución de los objetivos de la justicia restaurativa. El proceso restaurativo es, así pues, todo procedimiento en el que ofensor y ofendidos participen conjunta y activamente en la reparación del daño ocasionado por el delito.

No hay una metodología predefinida para la realización del proceso restaurativo. Como norma general, incluyen siempre reuniones entre las partes involucradas, donde es recomendable la presencia de un facilitador que trate de guiar el proceso restaurativo. Un encuentro ofrece la oportunidad para que las víctimas expresen la injusticia sufrida y para que los ofensores la reconozcan.

Es, para ello, requisito imprescindible que la participación de la víctima sea totalmente voluntaria, así como procurar que participe el victimario en el proceso restaurativo y no de manera forzada. Se persigue que este asuma su responsabilidad por el hecho injusto que ha cometido en contra de la otra persona y que, de la consciencia de sus efectos, se pueda procurar una restitución mediante un acuerdo voluntario y razonable.⁴⁶ Estos acuerdos podrían, por ejemplo, contener disculpas, tareas, promesas de comportamiento futuro, compensaciones, servicios comunitarios o cualquier otro acto que pudiesen acordar las víctimas y ofensores.⁴⁷

Pueden distinguirse, predominantemente, tres modelos de práctica de la justicia restaurativa: la conferencia entre la víctima y el ofensor, las conferencias de grupos familiares y los círculos,⁴⁸ (también reconocidos como círculos de paz).⁴⁹ No se trata de

⁴⁵ ZEHR H., *El pequeño libro de la justicia restaurativa*, Good Books, 2007, p. 51.

⁴⁶ OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO, *Manual sobre programas de justicia restaurativa*, p. 34, extraído de https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Manual_sobre_programas_de_justicia_restaurativa.pdf, consultado el 30-06.2015

⁴⁷ *Ibidem*, p. 43.

⁴⁸ ZEHR H., *El pequeño libro de la justicia restaurativa*, Good Books, Estados Unidos, 2007, p. 54.

modelos cerrados ni fijos, al contrario, son flexibles y adaptables dependiendo de la ofensa en particular; que haga mención a ellos no quiere decir ni que sean los únicos posibles como desarrollo de una justicia reparadora ni que se tenga que seguir el procedimiento necesariamente de la manera que se indica. Son, tan solo, los modelos que han dominado recientemente la práctica de la justicia restaurativa.⁵⁰

A) Mediación entre la víctima y el ofensor

Son reuniones entre las partes primarias del conflicto: víctima y ofensor. A través de la ayuda de un facilitador se busca el acercamiento de las partes que gestiona el encuentro. Son comunes también reuniones previas entre los individuos únicamente con el facilitador. Se busca confrontar los puntos de vista de ambos, discutir sobre el impacto de la acción del uno sobre el otro y poder llegar con esto a una consciencia de responsabilidad y voluntad de subsanación del daño.

B) Conferencias familiares

Su punto de partida es la anteriormente descrita tradición maorí, en la que se reunían la familia extensa – o comunidad –, puesto que todos ellos se consideraban afectados; que fue readaptada en Nueva Zelanda en 1989⁵¹ para la aplicación de una muy novedosa aplicación en la justicia de menores. Bajo este formato, se amplía el círculo de participantes; familiares, tanto de la víctima como del ofensor son incluidos, así como personas de la comunidad que sean relevantes para las partes. Es importante la participación tanto de unos como de otros. Los familiares del ofendido apoyan a este en el proceso y facilitan afrontar el conflicto, mientras que los familiares del ofensor también ayudan a quien ofendió a ser consciente del impacto de delito y asumir la responsabilidad. Es usual que todos los participantes participen activamente en el coloquio, guiado por un facilitador, y que todos traten de aportar soluciones para la consecución de un acuerdo, momento en el que generalmente termina la conferencia familiar.

⁴⁹ STUART B. y PRANIS K., «Círculos de Paz. Reflexiones sobre sus características y principales resultados», en *Justicia restaurativa en Costa Rica: Acercamientos Teóricos y Prácticos*, BERNAL ACEVEDO F. y CASTILLO VARGAS S., (compiladoras), I Congreso de Justicia Restaurativa, San José, Costa Rica, Junio de 2006, p. 123.

⁵⁰ ZEHR H., *El pequeño libro de la justicia restaurativa*, Good Books, 2007, p. 54.

⁵¹ BRITTO RUIZ D., *Justicia Restaurativa: reflexiones sobre la experiencia de Colombia*, Universidad Técnica Particular de Loja, Ecuador, 2010, p. 40

C) Círculos

El funcionamiento en círculo trata de provocar que todas las personas individuales en el proceso participen en la discusión, tratando de fomentar todo lo que se pueda la participación e involucrar a la comunidad. Tanto las partes principales como miembros de la comunidad forman parte activa e importante bajo este formato, deciden y tienen voz en el proceso, generando una responsabilidad colectiva sobre lo que le ocurre al ofensor.⁵²

4.2 Procesos restaurativos en España. Especial referencia a la justicia de menores.

Aunque generalmente cuentan con buena acogida, la introducción de procesos puramente restaurativos es todavía vacilante, pues no se cuenta con una determinación firme a la hora de incluir este modelo. En el caso de España, además, parece no haber una claridad de ideas sobre la forma de «hacer justicia»; los intentos en ocasiones de introducir medidas restaurativas chocan frontalmente con nuevas modificaciones penales en las que se introducen manifiestamente nuevos endurecimientos de las penas actuales.⁵³ En este apartado quisiera, aunque sea brevemente, detallar como está evolucionando la justicia restaurativa en la justicia de menores, en la cual el legislador ha desarrollado más ampliamente conceptos clave de la justicia restaurativa en nuestro país. Es, en general, la justicia de menores un campo en el que en la actualidad – no únicamente en España (véase Nueva Zelanda, Colombia o Canadá) – se están haciendo mayores esfuerzos por crear una regulación que permita la conciliación entre los menores que han delinquido y las víctimas.

La Ley Órgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad de los menores (en adelante LORPM), muestra, inicialmente, una intención de introducir bases del modelo restaurativo. En la Exposición de Motivos se aprecia claramente esta tendencia, estableciéndose en el párrafo 13: «Un interés particular revisten en el

⁵² Ibidem, p. 41

⁵³ <http://www.abogacia.es/2015/03/27/el-congreso-aprueba-la-reforma-penal-que-endurece-penas-e-introduce-la-prision-permanente-revisable/>, consultado el 4-06-2015

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

El legislador ha previsto para el menor una serie de provisiones en los que podríamos subsumir ciertos principios de la justicia restaurativa.⁵⁴ Así, por ejemplo, el artículo 19 LORPM⁵⁵ prevé el sobreseimiento del expediente por conciliación entre el

⁵⁴ BERNUZ BENEITEZ M.J., «Las posibilidades de la justicia restaurativa en la justicia de menores (española)», en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, 2014, núm.16-14, p.12.

⁵⁵ *Artículo 19 LORPM. Sobreseimiento del expediente por conciliación o reparación entre el menor y la víctima*

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

2. A efectos de lo dispuesto en el apartado anterior, se entenderá producida la conciliación cuando el menor reconozca el daño causado y se disculpe ante la víctima, y ésta acepte sus disculpas, y se entenderá por reparación el compromiso asumido por el menor con la víctima o perjudicado de realizar determinadas acciones en beneficio de aquéllos o de la comunidad, seguido de su realización efectiva. Todo ello sin perjuicio del acuerdo al que hayan llegado las partes en relación con la responsabilidad civil.

3. El correspondiente equipo técnico realizará las funciones de mediación entre el menor y la víctima o perjudicado, a los efectos indicados en los apartados anteriores, e informará al Ministerio Fiscal de los compromisos adquiridos y de su grado de cumplimiento.

4. Una vez producida la conciliación o cumplidos los compromisos de reparación asumidos con la víctima o perjudicado por el delito o falta cometido, o cuando una u otros no pudieran llevarse a efecto por causas ajenas a la voluntad del menor, el Ministerio Fiscal dará por concluida la instrucción y solicitará del Juez el sobreseimiento y archivo de las actuaciones, con remisión de lo actuado. [...],extraído de <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-641&p=20121228&tn=2>, consultado el 5-07-2015

menor y la víctima. El artículo 51.3 LORPM⁵⁶ también prevé finalizar la medida judicial en caso de una conciliación como la del artículo 19 LORPM, si el juez así lo estima necesario, siempre y cuando esta medida no hubiese sido el internamiento. Se prevé también en el Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. (en adelante, RD 1774/2004), en su artículo 60 RD 1774/2004⁵⁷, la conciliación de los conflictos que ocurriesen en el centro de internamiento.

Sin embargo, si bien en la Exposición de Motivos se muestra una voluntad por llevar a cabo prácticas relacionadas con la justicia restaurativa, esto, en la práctica, no consigue proporcionar una ley que realmente sea acorde con las máximas de la justicia restaurativa. Tres son los defectos principales de los que adolece esta ley, siguiendo la propuesta de María José Bernuz:⁵⁸

Primero, la legislación tan solo prevé la posibilidad de reparar el daño causado cuando aún no ha comenzado el proceso judicial, esto es, en la fase de instrucción. Se considera como un mecanismo desjudicializador⁵⁹, cuya intención es evitar el juicio, pero que evita que se realice la reconciliación en otro momento con los mismos efectos. Además, en segundo lugar, la conciliación no parece ser más que una alternativa a considerar en el procedimiento, no el fin de este. Solo es posible la conciliación en delitos poco graves, nunca si ha mediado violencia o intimidación.⁶⁰ Esto evita, por

⁵⁶ *Artículo 51 LORPM* Sustitución de las medidas

[...] 3. La conciliación del menor con la víctima, en cualquier momento en que se produzca el acuerdo entre ambos a que se refiere el artículo 19 de la presente Ley, podrá dejar sin efecto la medida impuesta cuando el Juez, a propuesta del Ministerio Fiscal o del letrado del menor y oídos el equipo técnico y la representación de la entidad pública de protección o reforma de menores, juzgue que dicho acto y el tiempo de duración de la medida ya cumplido expresan suficientemente el reproche que merecen los hechos cometidos por el menor. [...], extraído de <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-641&p=20121228&tn=2>, consultado el 5-07-2015

⁵⁷ *Artículo 60 RD 1774/2004. Principios de la potestad disciplinaria*

[...] 5. La conciliación con la persona ofendida, la restitución de los bienes, la reparación de los daños y la realización de actividades en beneficio de la colectividad del centro, voluntariamente asumidos por el menor, podrán ser valoradas por el órgano competente para el sobreseimiento del procedimiento disciplinario o para dejar sin efecto las sanciones disciplinarias impuestas. [...], extraído de <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2004-15601>, consultado el 20-06-2015

⁵⁸ BERNUZ BENEITEZ M.J., «Las posibilidades de la justicia restaurativa en la justicia de menores (española)», en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, 2014, núm.16-14, p.14

⁵⁹ *Ibidem*, p. 12

⁶⁰ *Ibidem*, p. 12

consiguiente, la aplicación o intento de llevar a cabo procesos restaurativos en otro tipo de delitos más graves, donde podemos entender, sí que sería realmente beneficioso para quien sufrió el delito y para el menor, como se ha ido argumentando a lo largo del trabajo. Por último, es mencionada la necesidad de una actuación bajo buenas prácticas, se omite en estas regulaciones hacer referencia a los principios de la justicia restaurativa que, se supone, deberían regir todo el proceso y estar expresamente preservadas.

Hay, al parecer, titubeos por parte del legislador sobre cómo direccionar un posible proceso de adaptación de las leyes de menores hacia la justicia restaurativa. Si bien parece en la Exposición de Motivos que hay voluntad en materializarse, el articulado, en la práctica, no parece totalmente inspirado por los principios que fueron mencionados a lo largo de este trabajo, ya que sigue aún conservando muchas características de los sistemas penales tradicionales. Considero la justicia de menores el ámbito en el que la justicia restaurativa más importancia debería tener, pues la aplicación de una justicia que permita educar al menor que delinque y tratar de reconciliarlo con la sociedad resulta de vital importancia para la construcción de personas que vivirán en un futuro en comunidad.

CONCLUSIONES

La pretensión de este trabajo ha sido, en primera instancia, hacer ver la problemática del sistema penal actual en la práctica real. Cuales, a mi entender, son sus mayores defectos y por qué. Trato de hacer ver por qué creo que no es posible la consecución de una verdadera justicia de la forma en la que es gestionada en el presente. Tras enunciar los que considero los problemas principales, he querido ir ahondando qué es la justicia restaurativa en la teoría, así como aclarar la razón por la que la considero un modelo más beneficioso para todas las partes implicadas.

Hay que replantearse el modelo de Administración de Justicia que desarrollamos en la actualidad. Tratamos de administrar la justicia, pero, con el sistema penal actual, no somos capaces de proporcionar una real y efectiva justicia a quien ha sufrido una acción injusta. Y es que, parece, que nuestro modelo penal falla en algo tan importante como es hacia quién dirigir la mirada, sobre quién construir las bases que desarrollen un sistema penal. Este, entiendo, debería ayudar a la parte que ha sufrido el injusto, a quien ha salido desfavorecido por una acción en la que nada él tuvo que ver ni tuvo culpa alguna. Se deduce, por lo tanto, que hay que buscar formas de ayudar a quien ha sido víctima del delito. El castigo a quien cometió el delito no revertirá el daño; no proporciona nada a quien sufrió el mal, a no ser que, el ofendido, sienta en la venganza alguna forma de satisfacción. Si la venganza no reconforta a la víctima, entonces, el castigo del ofensor no aporta nada a la víctima.

Los delitos afectan a toda una comunidad, pues estos son dirigidos a personas que viven en comunidad e interrelacionadas unas con otras; las personas nos vemos afectadas por los hechos que les suceden a quienes desarrollan su vida en nuestro entorno. Parece lógico, pues, que deba hacerse también partícipe a la comunidad, pues esta también ha sido afectada por una acción de manera injusta, a lo que nuestra justicia

debería dar la oportunidad y medios para revertir su daño que, aunque este haya sido sufrido en menor medida que la víctima, es significativa.

La justicia restaurativa propone que debe ser la persona que ha ofendido quien trate de reparar el daño a quien lo sufrió por su culpa. La consciencia de la culpabilidad es clave para que el ofensor trate de hacer lo que esté en su mano para tratar de reparar el daño que él causó. La culpabilidad crea una responsabilidad. Porque, quien es realmente consciente del daño que ha causado a otras personas, de lo que han sufrido por el acto que uno a hecho, entiendo que querría hacer, al menos, lo que él pudiese para tratar de ayudar a quien un día ofendió. Y quien realmente es consciente del daño que produce el delito a la comunidad, tampoco lo volvería a cometer.

Es por esto que los defensores de la justicia restaurativa quieren hacer ver al ofensor, en caso de que no sea consciente, del impacto de lo que él ha hecho. Son propuestos medios de encuentro con quienes hizo sufrir y poder así facilitar su rehabilitación. La filosofía de la justicia restaurativa cree, así pues, que el encuentro y el diálogo voluntario pueden ayudar tanto a la víctima como al victimario, a unos mediante la posibilidad de expresar su injusticia sufrida y buscar una solución individualizada y, a los otros, para reconocer su culpa y tratar de colaborar para enmendarla.

Me gustaría, finalmente, matizar algunas afirmaciones que he ido desarrollando a lo largo del trabajo y preguntas que me hacía mientras escribía. No creo que pueda la justicia restaurativa suplir totalmente a nuestro sistema penal actual. Ni en España en particular ni, menos aún, en una sociedad global tan dispar. Primero, porque no parece ser realista, al menos, en un futuro cercano, una justicia en la que no sea necesario el castigo. No siempre habrá colaboración en procesos restaurativos y, es ahí, cuando sí haría falta la presencia de un juez imparcial que aplicase medidas coactivas. No creo, además, que el castigo sea malo en todo caso. Y es que el castigo, refiriéndome a las penas privativas de libertad, si no son excesivas, pueden tener también una función de muestra del reproche social ante lo que consideramos un acto injusto. Permiten hacer ver a quien ha delinquido la oposición de la sociedad ante ese acto. No creo que de esta forma visto adquiera la posición de venganza la pena. Puede ser considerado como una parte del proceso restaurativo, donde se priva de la libertad para, digamos, «forzar» la

educación del ofensor. Eso sí, sin ser la prisión la respuesta principal de nuestra justicia, como ocurre en la actualidad; como un método de encierro y nada más.

Creo, en definitiva, que la justicia restaurativa parte de unos principios, al menos, a tener en cuenta y valorar como método alternativo para la resolución de conflictos y acercamiento a la justicia. Sin embargo, posiblemente, y como en todas las llamadas ciencias sociales – y más aún si incluimos la justicia –, nunca podrá haber un consenso sobre cómo es mejor llevarla a cabo.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS CONSULTADAS

- ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, Alianza, 2002.
- AGUILAR HERRERA G., *Ejecución de la Pena. Historia, Límites y Control Jurisdiccional*, Poder Judicial. Defensa Pública, San José, Costa Rica, 2011.
- BERISTAIN, A., *Criminología y Victimología. Alternativas Re-creadoras al Delito*, Leyer, Bogotá, 1998
- BERNAL ACEVEDO F. y CASTILLO VARGAS S., (compiladoras), *Justicia restaurativa en Costa Rica: Acercamientos Teóricos y Prácticos*, I Congreso de Justicia Restaurativa, San José, Costa Rica, Junio de 2006
- BERNUZ BENEITEZ M.J., «El perdón más allá del Derecho» en *Seguridad, excepción y nuevas realidades jurídicas*, BERNUZ BENEITEZ M. J. y SUSÍN BETRÁN R. (coords.), Comares, Granada, 2010.
- BERNUZ BENEITEZ M.J., «Algunos interrogantes y reflexiones sobre las posibilidades del perdón (en Colombia)» en *Conflicto Armado, justicia y reconciliación*, GALLEGO GARCÍA G. M. y GONZÁLEZ ORDOVÁS M. J. (coords.), Bogotá: Siglo del hombre editores, Universidad EAFIT, Universidad de Zaragoza, AECID, 2012.
- BERNUZ BENEITEZ M.J., «Las posibilidades de la justicia restaurativa en la justicia de menores (española)», en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, 2014, núm.16-14.
- BRENES QUESADA C., *Justicia restaurativa: una herramienta para la solución al fenómeno de la criminalidad costarricense*, San José, Costa Rica, 2009.
- BRITTO RUIZ D., *Justicia Restaurativa: reflexiones sobre la experiencia de Colombia*, Universidad Técnica Particular de Loja, 2010

- BRITTO RUIZ, D., Justicia restaurativa, una mirada desde la perspectiva de género, *Manzana de la Discordia*, año 1, vol. 1, 2005 en <http://hdl.handle.net/10893/2623> (consultado el 24-04-2015)
- CALVO M., *Teoría del Derecho*, Tecnos, Madrid, 2ª edic., 2000.
- CHRISTIE, N., *Los conflictos como pertenencia*, en *De los delitos y las víctimas*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992
- CHRISTIE, N., *Los límites del dolor*, Breviarios del Fondo de Cultura económica, México, 1984.
- CID MOLINÉ, J., «El sistema penitenciario en España», ANDRÉS IBAÑEZ P.(coord.), en *Revista Jueces para la democracia*, nº45, Unigraf, Madrid, 2002
- CORTINA ORTS, A., *Estudio Preliminar en Metafísica de las Costumbres*, Kant I., Tecnos, Madrid, 2008,
- DÍEZ RIPOLLÉS J. L., «El nuevo modelo penal de seguridad ciudadana», en *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 6, 2004.
- DOMINGO DE LA FUENTE V. «Entrevista a Howard Zehr», en *una mirada a la justicia restaurativa: recuperando el derecho perdido*, SERVERA J. M. (dir), *Criminología y justicia* nº 4, Sociedad Criminológica Balear y SECVI, 2012, pp. 115-117
- GUILLAMONDEGUI, R., *Los discursos de emergencia y la tendencia hacia un Derecho Penal del enemigo*, extraído de www.carlosparma.com.ar (consultado el 16-04-2015)
- HIKAL, W.. Los retos de victimología para lograr la justicia restaurativa y el reconocimiento científico-filosófico extraído de: <http://www.justiciarestaurativa.org/news/los-retos-de-victimologia-para-lograr-la-justicia-restaurativa-y-el-reconocimiento-cientifico-filosofico/view> (consultado el 22-04-2015)
- HULSMAN L. *Sistema penal y seguridad ciudadana*, Ariel, Barcelona, 1984.
- JESCHEK, H., *Tratado de derecho penal: parte general*, Comares, Granada, 1993
- KANT I. , *Metafísica de las costumbres*, Tecnos, Madrid, 2008

- KELSEN H., *¿Qué es la justicia?*, 2001, Extraído de:
http://mestreacasa.gva.es/c/document_library/get_file?folderId=500008039239&name=DLFE-381031.pdf, consultado el 15-04-2015
- MÁRQUEZ CÁRDENAS A. E., «La justicia restaurativa versus la justicia retributiva en el contexto del sistema procesal de tendencia acusatoria» en *Prolegómenos. Derechos y Valores*, vol. X, núm.20, julio-diciembre, 2007, Universidad Militar Nueva Granada, Bogotá, pp. 201-221.
- MÁRQUEZ CÁRDENAS A. E., «Características de la justicia restaurativa y su regulación en la legislación extranjera» en *Diálogos de saberes: investigaciones y ciencias sociales*, N°. 32, 2010, pp.273-296
- MAYORGA AGÜERO M., *Justicia restaurativa: una nueva opción dentro del sistema penal juvenil costarricense*. Tesis para optar por le grado de licenciada en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 2009.
- MIKA H. y ZEHR H., «Fundamental Concepts of Restorative Justice», en *Restorative Justice: Critical issues*, MCLAUGHLIN E. (editor), The Open University, Milton Keynes, 2003
- MIKA H. y ZEHR H., «Fundamental Principles of Restorative Justice», en *The Spiritual Roots of Restorative Justice*, HADLEY M. L. (dir.), State University of New York Press, Albany, 1998
- MOORE S. A. y MITCHELL, R. C. (2011): "Theorising Rights-based Restorative Justice: The Canadian Context", *International Journal of Children's Rights*
- OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO,
Manual sobre programas de justicia restaurativa
- PASCUAL RODRIGUEZ E., *La mediación en el sistema penal: propuestas para un modelo reparador, humano y garantista*, Madrid, 2012.
- PLATÓN, *La República*, traducción de J. Tomás, Luis Navarro, Madrid, 1886.
- RABOSSO E.A., *La justificación moral del castigo*, Astrea, Buenos Aires, 1976
- SOLANO, M.A., *La justicia en la Constitución*, en
<http://www.uca.edu.sv/revistarealidad/archivo/4e0e4a30e5a971ajusticia.pdf>
(consultado el 22-04-2015)

UMBREIT M. S. y ARMOUR M. P., *Restorative Justice and Dialogue: Impact, Opportunities, and Challenges in the Global Community*, L. & Pol'y 65, Washington, 2011.

ZAGREBELSKY G. y MARTINI C. M., *La exigencia de justicia*, Trotta, Madrid, 2006.

ZEHR H., *El pequeño libro de la justicia restaurativa*, Good Books, 2007

WEBGRAFÍA CONSULTADA

- www.justiciarestaurativa.org
- www.juecesdemocracia.es
- www.restorativejustice.org
- www.prisonstudies.org
- www.elpais.com
- www.cgpj.es
- www.restaurativa.cat
- <http://www.scielo.org.co>
- www.nccdglobal.org
- www.justice.govt.nz
- www.restorativejustice.org.nz
- www.blogdelajusticiarestaurativa.com.es
- <http://www.cps.gov.uk>
- www.unicef.org

