



Especialista en psicología en el ámbito penitenciario y judicial



www.isfap.com • info@isfap.com [mailto:isfap.formacion@gmail.com](mailto:info@isfap.com)

TEMA XIII. JUSTICIA RETRIBUTIVA Y RESTAURATIVA. MEDIACIÓN PENAL

Justicia Retributiva

La base del sistema de justicia retributiva es que el delito es una violación de la norma; la justicia representa al gobierno y toma como fin castigar al infractor por el acto delictivo realizado. Sus objetos son: pena merecida para el infractor, privación de la capacidad de seguir cometiendo delitos, y disuasión de cometer otras transgresiones a la norma.



La Justicia Retributiva centra su análisis en la violación de la norma. El Estado se hace cargo, en última instancia hace suyo el conflicto, responde a él y hacia ello; defiende la norma transgredida y toma

sus decisiones en función de lo mismo. Sanciona con el castigo y la culpa. El Estado sanciona a la vulneración de la norma creada por él mismo mediante el castigo y también lo toma como afrenta personal postulando que el infractor sea exiliado de la comunidad mediante la privación de libertad.

A su vez, el Estado asume como propio el delito dejando al margen a la víctima, considerando el hecho como algo propio, frente al infractor.

La Justicia Retributiva debe defender la autoridad de la ley y castigar a los infractores. Opera cuantitativamente, a una trasgresión dada tal medida de castigo.

Para *Zehr*, la justicia retributiva responde a tres preguntas: la primera, respecto de la norma transgredida; la segunda, se centra en el sujeto o los sujetos que la han transgredido, y por último, la sanción o castigo que merece tal vulneración de la norma establecida. Las dos primeras son aclaradas en cuanto el acusado se autoproclama culpable o lo es en el proceso realizado. Y, por fin, la última formulación es resuelta en función de las leyes inscritas en cada país.

Justicia Restaurativa

La Justicia Restaurativa es definida por las Naciones Unidas como una respuesta evolucionada al crimen que respeta la dignidad y equidad de cada persona, construye comprensión y promueve armonía social a través de la *sanación* de la víctima, infractor y comunidad. Es decir, hace intervenir tres contextos.

La Justicia Restaurativa es un modelo *alternativo* de Justicia, otra forma de ver y de operar frente al delito. Si nos proponemos establecer la dimensión que conlleva la justicia restaurativa es conveniente confrontarla con la justicia retributiva, clásica (de la que disponemos en nuestro Estado).

El objeto de la Justicia Restaurativa se vincula a la reparación de la víctima (se ubica en el centro del daño causado por el acto). Se tiene en cuenta no solo a la víctima sino también al infractor en tanto sentido preventivo y de reinserción para que la comunidad alcance una convivencia en armonía y de paz.

La Justicia Restaurativa se centra en la vulneración de las relaciones entre las personas, en el daño que se les ha causado. Trata de defender a la víctima al determinar qué daño ha sufrido y qué debe hacer el infractor para compensar el daño ocasionado; apela al daño, con su componente emocional y a la responsabilidad del infractor.

Busca alternativas a la prisión o al menos la disminución de la estancia en ella a través de la reconciliación, restauración de la armonía de la convivencia humana y la paz.

Utiliza como método reunir a víctimas e infractores en una búsqueda de soluciones, evaluando los daños en función de que puedan ser reparados o prevenidos.

Uno de sus postulados es que los delitos causan un daño al bien común, dañan al marco de la comunidad y por ello son sancionadas mediante las normas.

Las preguntas a las que resuelve responder la Justicia Restaurativa son acerca de la persona/s dañada/s, de las necesidades que se precipitan en la persona dañada, y, por fin, el responsable de hacerse cargo de dichas necesidades. Respecto de la primera cuestión, implica un más allá de cuantificar el daño causado; la segunda centra su atención en las víctimas dañadas, y la tercera focaliza el interés en la posibilidad de que el victimario se haga cargo responsablemente del daño realizarlo y proponer una reparación de ello. La Justicia Restaurativa es el desarrollo de un procedimiento mediante el cual las partes afectadas por una transgresión dada intentan dirimir colectivamente cómo reaccionar tras la infracción y sus implicaciones para el futuro.

Origen de la óptica restaurativa en la justicia

Las formas tradicionales y autóctonas de Justicia consideraban principalmente que el delito era un daño que se hacía a las personas donde la dirección de la Justicia era restablecer la armonía social ayudando a las partes a sanar sus partes afectadas: víctimas, victimarios y comunidades.

Esta concepción de la justicia es la que existía en la antigüedad; en la medida en que han pasado muchos acontecimientos en el tiempo se ha perdido. El delito era definido como un daño al individuo; en *el código de Hammurabi* (conjunto de leyes más antiguas encontradas en Mesopotamia; se basa en la aplicación de la ley del talión y supone la

instauración del principio de inocencia) se establecía que para los delitos contra la propiedad la sanción establecida era la restitución de lo sustraído. Como podemos observar, la Justicia Restaurativa no es algo nuevo, sino que está vinculado estrechamente a nuestra cultura y tradiciones, incluyendo a los elementos religiosos.

Los modos de lo que ahora llamamos Justicia Restaurativa han sido puestos en funcionamiento por los pueblos indígenas y aborígenes de países como Australia, Nueva Zelanda, Estados Unidos y Canadá, adaptándose al devenir de los tiempos transformándose en los Tratados de Paz y Círculos de Sentencia, tomados de la esencia tradicional de estos pueblos nativos.

La primera vez que se puso en funcionamiento la justicia Restaurativa como tal, 1974 *Ontario-Canadá*, fue vinculado a un proceso penal donde la Corte ordenó una sentencia de Justicia Restaurativa. Fue un caso donde dos jóvenes realizaron actos vandálicos dañando propiedades; el proceso consiguió restituir el daño que habían causado. Este éxito ayudó al establecimiento de un primer programa de Justicia Restaurativa, en Kitchener, conocido como Programa de Reconciliación entre víctima y ofensores.

Este primer paso ayudó al siguiente, localizado en una ciudad de Indiana en EE.UU. dirigido por agentes de la libertad condicional guiándose por el modelo de Ontario. Esta herramienta, se convirtió en 1979 en el desarrollo de una organización no lucrativa denominada "*el centro para Justicia Comunitaria*".

A partir de estos primeros momentos, se organizaron programas semejantes que están funcionando en Inglaterra, Alemania, Hungría y otros lugares de Europa; esto incluye que la forma de abordarlos es diferente debido a la idiosincrasia de cada comunidad.

Características de los procesos restaurativos

La justicia restaurativa se articula mediante diferentes herramientas: mediación penal, conferencias o círculos restaurativos. Para que sean aceptadas como restaurativas deberán asumir unas características determinadas:

- Conllevará el ofrecimiento de una oportunidad para el encuentro
- El énfasis será puesto en la reparación del daño. Algunos daños no podrán ser reparados; aun así, pueden hacerse cosas para que, aunque no sea posible reparar el daño sí lo sea el atemperarlo o proponer una satisfacción moral, tales como las disculpas, solicitar el perdón, u otras acciones que permitan sustraer cierta conclusión por parte de la víctima de que exista una probabilidad importante acerca de la reincidencia en el delito.
- El objeto primordial de toda práctica restaurativa será reintegrar a la víctima y al victimario. Ambos precisan de ayuda en su dirección de reintegrarse en la sociedad



como un miembro más. El victimario precisará ayuda para modificar su manera de guiarse en la vida, y reconocer que la reparación es un elemento social de un valor constructivo. Enfrentarse a los daños causados es

reconocer la responsabilidad propia en el acto.

Por su parte, la víctima precisará asistencia para recuperarse del daño. Es necesario realizar la inclusión de la víctima y del victimario en los procesos restaurativos. Puede

concurrir que la víctima no desee intervenir en el proceso; en cambio sí es posible ofrecerle que sea otra persona quien acuda en su representación.

La víctima necesita superar el trauma del delito y el infractor convertirse en un ciudadano que aporte a la comunidad, alejado de la infracción a la comunidad y a los sujetos.

En este proceso conviene valorar o no la posibilidad de un encuentro personal, cara a cara; si no es factible, el mediador o el facilitador, en el caso de las otras prácticas, restaurativas se ubicará de puente entre ambos.

La implicación de ambos en el proceso es equivalente al hecho de aquello que les afecta de forma directa (delito). Ambas partes deben de intervenir para que cada una de ellas pueda conocer de primera mano cómo le afecta al otro la vivencia de los hechos. Por este camino, logran alcanzar cómo enfrentar soluciones que aún no se hayan contemplado pero que les parezcan pertinentes en función del reconocimiento y de reparación del daño realizado y sufrido, y la reintegración (evitación de la cárcel o bien su aminoración). Toda esta disposición hace que desde la Justicia Restaurativa se ubique a la víctima en el centro de atención, como antes no se había hecho.

Mediación penal como herramienta de la Justicia Restaurativa

La mediación penal es, sin duda, la herramienta restaurativa más conocida y la más aplicada en nuestro país; en la actualidad se extiende a la utilización de otras herramientas como las conferencias y círculos restaurativos.

La Mediación penal es un procedimiento que tiene por objeto la reparación y compensación de las consecuencias derivadas del hecho delictivo, a través de una

prestación voluntaria del victimario a favor de la víctima; en el caso de que no se pueda realizar ante se llevará a cabo ante la comunidad.

El consejo de Europa realiza una recomendación (R99, septiembre de 1999) definiendo la mediación penal como *“todo proceso que permite a la víctima y al delincuente participar activamente si lo consienten libremente, en la solución de las dificultades resultantes del delito con la ayuda de un tercero independiente”*.

La UE y las Instituciones internacionales han emitido normativas para impulsar e incorporar a la dinámica de la justicia, programas de justicia restaurativa con mención especial a la mediación penal.

En el año 2001 el Consejo de la Unión Europea (2001/220/JAI) inscribe el estatuto de la víctima en el proceso penal; en su artículo diez establece que *“los estados miembros procuraran impulsar la mediación en causas penales y velaran porque pueda tomarse todo acuerdo entre víctima e infractor con motivo de la mediación”*. En la misma normativa invita a un plazo para que los estados pongan en vigor las disposiciones necesarias para dar cumplimiento a lo estipulado sin que excediese del 22 de marzo de 2006. Esta normativa es sustituida por otra del 18 de mayo de 2011, donde se dispone a los servicios de justicia restaurativa como servicios de ayuda a las víctimas; incluye otras herramientas, no solo la mediación penal, teniendo en cuenta que puedan ser implementados y elegidos en función de la tradición, de la cultura, de las circunstancias del caso dado.

La justicia restaurativa es una demanda necesaria para dar a la víctima el lugar que le corresponde por derecho, en aplicación de los diversos programas, desde la Mediación hasta los Círculos y las Conferencias.

La dirección que sustenta la Mediación es recuperar la confianza, credibilidad y eficacia basada en la apertura hacia la diversidad, conscientes de que la justicia y la paz social se pueden alcanzar a través de medidas distintas o complementarias al litigio judicial o

litigio; sostiene que la impartición de justicia no es equivalente a la emisión de sentencias.

Es un proceso voluntario, gratuito, confidencial, alternativo o complementario al sistema de justicia ordinario; se introduce la figura de un tercero imparcial, tiene la ganancia del tiempo (se agiliza el proceso), no se pierden derechos (ambas partes siempre tienen la opción de la vía judicial pudiendo desistir de la mediación penal).

Otros definen la mediación penal como un proceso que implementa una oportunidad a la víctima de reunirse con el victimario en un espacio seguro y estructurado, afrontando una discusión del delito con la asistencia de un mediador. Las dos partes hablan sobre el hecho; la víctima puede hacer preguntas, recibir información y expresar sus sentimientos.

La experiencia de las víctimas señala un movimiento de cierre respecto al la problemática de dar salida a la ira y otras emociones. Por su parte, los victimarios tienen la oportunidad de tomar a las víctimas como personas alejándose de ubicarlos como objetos circunstanciales; reúnen la oportunidad de responsabilizarse, de reducir la vergüenza y articular la posibilidad de restitución.

El mediador procede a tomar reuniones individuales con cada interviniente, antes de la sesión conjunta; explica el proceso, reflexiona sobre las posibilidades de desarrollar el espacio de intervención de cada parte, prepara a cada uno para que hagan uso de la comunicación, aclara cuestiones previas y expectativas.

La ley en España de Mediación penal

La regulación de la mediación penal tiene lugar en España en julio de 2015, a raíz de la última reforma del Código Penal; se modifica el artículo 84.1. donde se indica lo siguiente:

"1. El juez o tribunal también podrá condicionar la suspensión de la ejecución de la pena al cumplimiento de alguna o algunas de las siguientes prestaciones o medidas:

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



De esta manera, los acuerdos alcanzados en mediación pueden articularse a la suspensión de la pena, permitiendo que el victimario no ingrese en prisión.

Poco antes de la regulación de la mediación penal se

emite la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, donde también se regula la mediación penal; en ella, se articulan los requisitos para su acceso.

Las condiciones de inicio para el acceso son:

- Los agentes implicados alcancen el acuerdo del procedimiento de la mediación penal
- Exigencia de que el victimario haga reconocimiento de los hechos
- Seguridad para la víctima de que este procedimiento no conllevará riesgo alguno para su persona, o le suponga perjuicios adicionales
- El procedimiento puede hacerse cargo del delito causado sin que se encuentre prohibido por la ley en su abordaje por la mediación; en este sentido, los delitos de violencia de género están exiliados de tomarse en procedimientos de mediación.

Qué es la mediación penal

Es el procedimiento de solución del conflicto, entre el victimario, infractor de la ley, y la víctima, determinado libre y voluntariamente aceptado por ambos agentes; precisa de la intervención de un tercero con el objeto de ayudar a alcanzar un acuerdo en los términos de que la víctima sea reparada y que el victimario asuma su responsabilidad.

A continuación, destacamos las características propias de la mediación penal:

- El juez, de acuerdo con el ministerio fiscal, o cualquiera de las partes podrá solicitar someter el conflicto a mediación, siempre que se considere adecuado atendiendo a la naturaleza del hecho.
- El mediador o la institución de mediación comunicarán al fiscal el inicio y la finalización del procedimiento de mediación y su resultado.
- Cuando el fiscal tenga conocimiento de la existencia de un procedimiento de mediación penal, si lo considera oportuno, podrá suspender las diligencias de investigación mediante decreto.
- El mediador se encuentra sometido a secreto profesional y no podrá declarar sobre los hechos de los que tenga conocimiento con ocasión de su intervención en el procedimiento.
- El proceso de mediación penal será siempre gratuito.

El procedimiento llevado a cabo conlleva una reducción de la pena, sustentado por el deber de indemnizar las responsabilidades que se hayan causado a la víctima; en el caso de llegar a un acuerdo, con la conclusión de que la víctima sea reparada, se evita el juicio y se dicta sentencia de conformidad. En esta circunstancia se mantienen los antecedentes penales; en el supuesto de que se suspenda la pena, y que posteriormente concurra otro delito, la pena que fue suspendida se restituye y el victimario tendrá que cumplirla.

El alcanzar un acuerdo supone para la víctima desde una explicación del hecho, a la petición de perdón y, además, una reparación de los daños y perjuicios causados.

Para el victimario puede suponer el llevar a cabo el sobreseimiento de la causa, lo cual llevaría a su archivo, atender la pena o medida de seguridad en equilibrio con las circunstancias, atenuar la responsabilidad del infractor, y/o suspender el cumplimiento de la pena

El núcleo central de la mediación penal son los agentes intervinientes en el proceso derivado de unos hechos que han causado un daño (víctima) por parte de un infractor de la ley (victimario). El centro de la atención es la víctima, el daño objetivo y subjetivo, y, por el otro, especialmente, al victimario y su reconocimiento y responsabilidad ante los hechos y daños causados.

La justicia retributiva, aquella que tenemos en nuestro país, no tiene en cuenta a la víctima, así como tampoco, como derivación, a la comunidad, desde los familiares de la víctima al ámbito donde se ha producido el acto delictivo. Los agentes que actúan son el Estado que se toma la prerrogativa de actuar y decidir sobre un hecho delictivo a una víctima, pero donde a esta no se la tiene demasiado en cuenta puesto que no participa activamente en aquello que le ha sucedido y que le pertenece. El sistema de justicia retributiva exilia el campo de los sentimientos y emociones, y, por tanto, del daño subjetivo.

La mediación penal intenta reparar también estos elementos presentes, ausentados en la justicia retributiva, en toda actividad humana, incluyendo las infracciones de la ley; estamos hablando de lo que denominamos justicia restaurativa, donde el procedimiento de la mediación penal es uno de los medios que se pueden poner en marcha para solucionar este tipo de conflictos, además de apostar por la prevención y la reinserción del infractor.

Existen otros procedimientos, poco o nada conocidos en nuestro país, pero sí en otros países pertenecientes a la UE, como son los círculos o las conferencias.

El Estatuto de la Víctima

Otras de las articulaciones existentes, postulantes de la mediación penal, es el Estatuto de la víctima. En su articulación, establece el concepto de perjudicado señalando la diferencia entre víctimas directas e indirectas. El artículo dos dispone:

"Las disposiciones de esta Ley serán aplicables:

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

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

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 momento de la muerte o desaparición hubiera estado unida a ella por una análoga relación de afectividad y a los hijos de ésta que en el momento de la muerte o desaparición de la víctima convivieran con ella; a sus progenitores y parientes en línea recta o colateral dentro del tercer grado que se encontraren bajo su guarda y a las personas sujetas a su tutela o curatela o que se encontraren bajo su acogimiento familiar.

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

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

El Estatuto de la víctima tiene en cuenta al sujeto perjudicado por el delito, y en el supuesto de que falleciese, a las víctimas indirectas, esto es, la familia del fallecido.

Antes de promulgarse el Estatuto de la Víctima, a esta se le animaba a denunciar, pero después no se le informaba del desarrollo del proceso, incluso se podía poner fin a la causa sin que hubiera tenido la oportunidad de conocer lo sucedido, excepto si se personaba como parte acusadora en el proceso.



En el Estatuto de la Víctima se establecen como derechos de la víctima que le sea notificada las resoluciones de sobreseimiento y archivo, y con el derecho a poder impugnarlas en el plazo a partir de su conocimiento; no tiene por qué estar personado en la causa (antes de este Estatuto, la víctima no era informada del proceso, de si

existía archivo de la causa u otra circunstancia a no ser que interviniese como parte acusadora).

Para intentar evitar la victimización secundaria (exponer a la víctima a relatar su experiencia en diversas ocasiones o en distintos foros), El Estatuto establece que la declaración de la víctima sea lo más rápidamente posible, sin demora, tras la denuncia; a la vez, minimizar el número de declaraciones y reconocimientos médicos.

Otro de los elementos importantes que se implementan es garantizar a la víctima que sea acompañada de sus representantes legales y de una persona que ella misma elija, salvo que exista alguna circunstancia que los desaconseje o prohíba.

En su articulación, el Estatuto tiene en cuenta que la víctima pueda alcanzar el reembolso de los gastos necesarios para que pueda ejercitar sus derechos y respecto de los costes procesales derivados del proceso.

En su artículo trece facilita la intervención de la víctima en fase de ejecución de sentencia; se trata del momento de exigir el cumplimiento de la condena. La víctima puede intervenir con el objeto de proveer de información relevante para que el órgano judicial resuelva sobre la ejecución de la pena, responsabilidades civiles, etc., e incluso solicitar medidas de control sobre aquellos en libertad condicional que hayan sido condenados por hechos y que, en última instancia, pueda conllevar un peligro para la víctima.

Código penal y justicia restaurativa

A partir de la reforma de Código penal, existen disposiciones que atienden más a los principios de la justicia restaurativa, en función del foco hacia la víctima.

21.5 Código penal. Atenuante. El artículo dicta:

"haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral."

Tiene dos requisitos:

1º. Objetivo o reparación del daño, que no tiene por qué ser económica, puede consistir en reconducir la situación al momento anterior al delito o disminuir sus efectos.

2º. Temporal, en cualquier momento antes de la celebración del juicio oral.

En este caso la víctima no puede hacer nada, pero supone una rebaja de la pena para el infractor.

Hay delitos concretos donde el atenuante está ligado indefectiblemente a la reparación a la víctima; son aquellos delitos asociados a la ordenación del territorio y el urbanismo; sobre el patrimonio histórico; contra los recursos naturales y medio ambiente y protección de la flora y fauna (en su artículo 340 el Código Penal prevé que, si el culpable hubiese procedido voluntariamente a reparar el daño causado, se le impondrá la pena inferior en grado).

Respecto del delito de injurias y calumnias también tiene atenuantes en función de la reparación a la víctima; hagamos la aclaración de que estos delitos son privados, solo son perseguibles por la justicia en la medida de que exista una denuncia por parte del difamado; para ello, la ley prevé un acto posible de conciliación, donde los agentes puedan resolver el conflicto y alcanzar un acuerdo (artículo 214 Código penal)

Por último, indicamos que en el Código Penal en su artículo 80.2.3ª la reparación del daño a través del pago de la responsabilidad civil es una medida necesaria para dejar en suspenso la ejecución de la pena.

Bibliografía

- Casado, C. Restorative Justice: An Agenda for Europe. Supporting the Implementation of Restorative Justice in the South of Europe. Final Report of AGIS project JLS/2006/AGIS/147. European Forum for Restorative Justice. Lovaina 2006.
- Domingo, V. Conclusiones del II Congreso Internacional sobre justicia restaurativa y mediación penal. Origen y beneficios reales y potenciales. Criminología y justicia, 4, 2012.
- Igartua, I., Olalde, A., y Varona, G. Diccionario breve de justicia restaurativa. Una invitación interdisciplinaria e introductoria a sus conceptos claves. Saarbrücken: Editorial Académica Española 2012.
- Martínez Escamilla, M. y Sánchez Álvarez, M. P. (Coord.). Justicia restaurativa, mediación penal y penitenciaria: Un renovado impulso. Reus, Madrid 2011.
- Neuman, E. Mediación y conciliación penal. De palma, Bs Aires 1997.
- Pascual, E. (Coord.). Los ojos del otro. Sal Terrae, Santander 2013
- Rössner, D. La mediación penal. Generalitat de Catalunya, Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Barcelona 1999.
- Sherman, L. y Strang, H. (2007). Restorative Justice: The Evidence. The Smith Institute. London 2007. Disponible:
- http://www.sas.upenn.edu/jerrylee/RJ_full_report.pdf?view=usa&ci=0199274290
- Varona, G. Justicia restaurativa a través de los Servicios de Mediación Penal en Euskadi (octubre 2008 – septiembre 2009). IVAC/KREI. Donostia 2009
- Zehr, H. Changing Lenses: A New Focus for Crime and Justice. Scottdale, PA: Herald Press 1990

Cuestiones

1. Indica a qué tres preguntas responden la justicia retributiva
2. ¿Qué es la justicia restaurativa? Señala el objeto de la justicia restaurativa
- 3.Cuál es el objeto de la Mediación penal.
4. Señala las condiciones de inicio para el acceso a la Mediación penal
5. Qué derechos se establecen en el Estatuto de la víctima