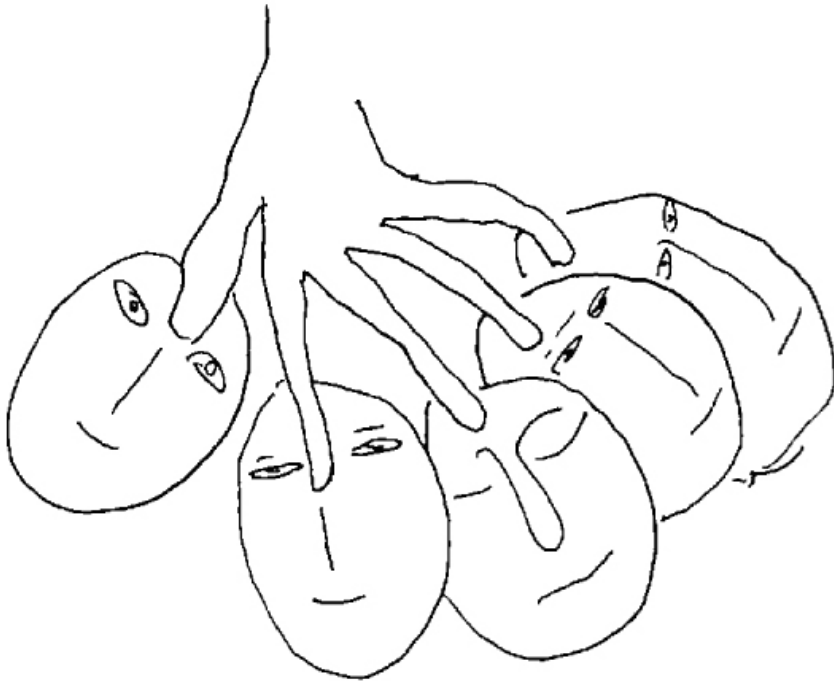


RELEVANCIA DE LOS COMPORTAMIENTOS POSTDELICTIVOS CON VOCACIÓN REPARADORA POR PARTE DE PERSONAS AGRESORAS

RESUMEN EJECUTIVO DE ESTUDIO CRIMINOLÓGICO SOBRE LA CULTURA PENAL DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA PENAL DE ADULTOS DE BIZKAIA Y SU CORRELACIÓN CON LOS FINES DE LA TUTELA PENAL



15/12⁰²

IDOIA IGARTUA LARAUDOGOITIA

Directoras:

Adela Asua Batarrita

Gema Varona Martínez

*JUSTICIA PENAL RESTAURATIVA Y JUSTICIA PENAL NEGOCIADA,
RETÓRICA Y PRÁCTICA. ESTUDIO EMPÍRICO DEL PROGRAMA DE
MEDIACIÓN INTRAJUDICIAL PENAL EN BIZKAIA*

RESUMEN EJECUTIVO

Autora:

Idoia Igartua Laraudogoitia

2017

NOTA: Este resumen ejecutivo recoge básicamente la Introducción del texto que puede descargarse online. El objetivo del resumen es orientar a la persona lectora sobre lo que puede encontrar en el libro, despertando su interés. Para facilitar la lectura, se han suprimido bibliografía y notas a pie, las cuales pueden encontrarse de forma completa online.

PRÓLOGO

La tesis de Idoia Igartua, que ahora se publica, supone una bocanada de aire fresco en el ámbito de la literatura penal y criminológica sobre la justicia restaurativa. En este prólogo nos gustaría indicar de forma resumida las razones de esa afirmación.

1. Estamos ante una tesis que procede de la voluntad de su autora de pararse a reflexionar sobre la experiencia de veinte los años de ejercicio profesional en los Servicios de Cooperación con la Justicia de Gobierno Vasco, de asistencia al detenido, de atención a la víctima y de mediación. Pararse a reflexionar constituye hoy, incluso en el ámbito académico, un acto necesario y revolucionario frente a las urgencias productivistas del tiempo que vivimos.

2. Esa reflexión sobre la práctica penal se realiza desde la interdisciplinariedad, más en concreto, desde el Derecho penal y la Victimología, disciplinas desde las que se analiza la creciente bibliografía en torno a la justicia restaurativa y su relación con la justicia clásica.

3. Tal y como explicó su autora, en el acto de defensa, el objeto de su trabajo de investigación se centra en el análisis de la relevancia de los comportamientos postdelictivos con vocación reparadora por parte de la persona denunciada en el contexto de la administración de justicia penal. Más allá de su congruencia con los fines propios de la tutela penal, y su efecto en la individualización de las penas derivadas, estamos ante un estudio criminológico sobre las culturas profesionales en este ámbito y la propia cultura penal. Esta cuestión resulta fundamental en Criminología, en un momento de búsqueda de conexión teórica entre agencias y estructura en que, quizá, la cultura permita su entendimiento.

4. La autora toma como punto de partida dos prácticas jurídicas de extensión global en todo el mundo: la justicia restaurativa y la justicia negociada. Ambas contemplan la reparación a la persona perjudicada por el hecho delictivo y son consideradas como manifestaciones del principio de consenso en el proceso penal. Sin embargo, Idoia Igartua, mediante un trabajo empírico, único y original en nuestro contexto, con datos de Bizkaia, pone de relieve las diferencias entre ambas prácticas, tanto en relación a su conceptualización, espíritu, naturaleza y fundamentos, como a sus objetivos, metodología, protagonistas e incidencia penológica en la individualización de la pena.

5. En el siglo XXI, en una época llamada de post-verdad o contra-realidad, esta publicación permite mostrar con datos parte de la realidad vivida en los tribunales, una realidad que resulta contradictoria con muchos de los principios que han de inspirar una política criminal de un Estado social y democrático de Derecho. En un clima de populismo punitivo, resulta fundamental ilustrar cómo parte de lo que hacemos diariamente en el sistema penal provoca consecuencias costosas, humana y materialmente, y que otras prácticas son posibles, con mejores resultados. Necesitamos recuperar la educación y el debate públicos sobre los principios de una política criminal humanista, sin encapsularlos en la vida académica. El libro de Idoia Igartua contribuye a ello.

El escritor Amos Oz se ha referido al valor del acuerdo que, lejos de ser entendido como capitulación, debilidad u oportunismo, se identifica con la realidad de una vida compleja entre

diferentes, incluyendo las personas que han cometido un delito contra otras. En este caso, la justicia restaurativa plantea un acuerdo para la reparación de una parte del daño producido, una parte que puede simbolizar o relacionarse con el resto de daños. Amos Oz repite: “Debemos encontrarnos con el otro en algún lugar sobre el puente que cruza el río, en vez de hacer volar el puente”¹. La tesis de Idoia Igartua nos permite, mediante el contraste de los datos de la realidad de los tribunales vascos, pensar en la ubicación de ese lugar.

Donostia-San Sebastián, 9 de febrero de 2017.

*Gema Varona Martínez y Adela AsuaBatarrita
Investigadora doctora permanente IVAC/KREI, UPV/EHU
Catedrática de Derecho penal UPV/EHU*

¹ Amos Oz. 2016. Prólogo. En *Correspondencias*. Héctor Abad & Fernando Aramburu. Zarautz: Erein.

1. ¿Qué es la justicia restaurativa y la justicia penal negociada y cuál es su significado a principios del siglo XXI?

Este trabajo se enmarca dentro del campo de conocimiento o análisis propios de la Criminología y el Derecho penal. Dentro de la primera, se toman en consideración los resultados de las investigaciones victimológicas. Por su parte, el ámbito del Derecho penal en el que se inscribe este estudio es el relativo a las consecuencias jurídicas del delito, es decir, aquél que aborda los medios de los que puede disponer éste como respuesta a las conductas definidas como delito. En cuanto a las consecuencias jurídico penales del delito, se comparte la concepción de ROXIN (1976:32) que subraya cómo el único fin que puede legitimar la pena reside en el restablecimiento de la paz jurídica, lo cual requiere que el sentido del castigo sea constructivo y no de mera retribución; en el marco del sentido constructivo de la respuesta penal sitúa ROXIN el resarcimiento del daño como una faceta orientada hacia la reinserción social de quien ha delinquido en tanto que fomenta la concreción de la propia responsabilidad. Siguiendo esta línea, PÉREZ SANZBERRO (1999:373) subraya que el factor rector de un Derecho penal democrático, en su objetivo de garantizar una convivencia social pacífica, debe responder a la premisa de generar el menor daño posible en las personas, en aras a posibilitar el desarrollo personal y social de todas aquellas que la conforman. A la hora de modelar la reacción concreta frente a la infracción de la norma, el reconocimiento de la dignidad y autonomía de la persona y, en consecuencia, su capacidad de responsabilidad, debe constituir el elemento clave. De ahí que sea necesario delimitar un campo en el que dicha asunción de responsabilidad, que se expresaría en actuaciones tendentes a la compensación de las consecuencias del hecho, pueda llegar a modular la imposición de una pena.

En las discusiones de carácter político-criminal y en los proyectos legislativos de reforma abordados en los últimos tiempos, que tienen como objeto, entre otras cuestiones, las reacciones penales frente al delito en relación a los fines del Derecho penal, se aprecia la incursión con fuerza de una serie de elementos que, aunque no completamente ajenos al Derecho penal, ni totalmente olvidados, habían quedado relegados en el desarrollo de los sistemas penales modernos. La figura de la persona victimizada, la reparación del daño, la dimensión personal del conflicto provocado por la comisión delictiva, la pacificación de las relaciones sociales, son algunos de estos elementos desplazados. Desde la segunda mitad del siglo pasado, particularmente en las últimas décadas, emergen nuevas formas de diversificación de la respuesta penal al delito, en paralelo a diversas iniciativas internacionales para dar respuesta a la crisis en la que está inmerso el derecho procesal penal.

El objeto de este trabajo de investigación se centra en el estudio de la significación de la reparación, compensación o restauración a la persona denunciante por parte de la denunciada en el

contexto de la Administración de Justicia penal. Se trata de analizar la relevancia de tales conductas reparadoras para el Derecho penal, en cuanto pueda considerarse congruente con los fines propios de la tutela penal, así como su reflejo o efecto en la determinación individualizada de las penas derivadas de la responsabilidad por el hecho delictivo. La indagación en la significación que se atribuye a dicha reparación, con ocasión de la participación activa de las personas directamente implicadas en la consecución de un acuerdo que satisfaga la reparación de las consecuencias del hecho delictivo, desde la perspectiva de los fines del Derecho penal, constituye el eje principal del estudio. Este marco de análisis puede contribuir a la obtención de conclusiones, o al menos, permite intuir la posición y significación de la reparación para el abordaje de conductas definidas como delito en la Administración de Justicia penal. La percepción e interpretación de los fines del Derecho penal y sus instrumentos, incluyendo los estudios criminológicos sobre su realidad, constituyen la cuestión fundamental que se encuentra en el trasfondo de los diversos enfoques acerca del modo de interpretar la reparación y su relevancia jurídica en el Derecho penal, así como los posicionamientos, más o menos favorables de la doctrina y de los profesionales que ejercen la práctica, al desarrollo de procesos comunicativos entre las personas denunciantes y denunciadas para el tratamiento del conflicto.

El término de justicia restaurativa pretende englobar los principios inspiradores de ciertas prácticas novedosas, desarrolladas fundamentalmente en los Estados Unidos y Canadá en la segunda mitad del siglo XX y comienzos del presente siglo XXI. Surge como contestación, entre otros, a la frustración e insatisfacción experimentados por las personas que han sufrido una conducta delictiva. Justicia restaurativa, justicia participativa, reparadora o recreadora son conceptos utilizados para verbalizar la ya larga aspiración de recuperación del protagonismo no punitivo de las personas victimizadas penalmente y también de las personas responsables de la victimización en la gestión de conflictos de dicha naturaleza. Se concibe internacionalmente como forma de responder a la conducta penal, equilibrando las necesidades de la comunidad, de las personas victimizadas y de las personas infractoras.

Por su parte, el origen de la justicia negociada en el ámbito del Derecho penal se suele situar en el proceso de cambio perceptible a partir del último cuarto del pasado siglo XX, tras el debilitamiento de la rehabilitación y el desplome del Estado intervencionista. La conformidad acerca del ilícito objeto de acusación, la pena a imponer, las consecuencias jurídicas de la misma y la responsabilidad civil nacida del hecho criminal, es producto, en la mayoría de los supuestos, del encuentro de posturas entre el Ministerio público y la defensa. Se ha revelado como forma ordinaria de conclusión del proceso penal y tiene como efecto jurídico principal e inmediato la abreviación del proceso, con los beneficios, en especial de economía procesal, que ello comporta para la administración de justicia.

La justicia penal negociada (JPN) y la justicia restaurativa (JR), presentes en la práctica procesal forense, son consideradas como manifestaciones del principio de consenso en el proceso penal, al punto que a menudo se ha considerado que la mediación -como instrumento más representativo de la JR- es una forma de negociación asistida, por la presencia de una tercera persona que facilita el acuerdo. Sin embargo, como se tendrá ocasión de apreciar en el desarrollo de la investigación, son notables las diferencias existentes entre ellas, tanto en relación a su conceptualización, espíritu, naturaleza y fundamentos, como a sus objetivos, metodología, partes protagónicas e incidencia penal.

Las diferencias que se señalan responden a una contraposición de los rasgos teniendo en cuenta modelos, podemos decir que “extremos” que en puridad no existen en la experiencia europea, sino en determinadas prácticas y programas desarrollados en Estados Unidos fundamentalmente, y también en cuanto a las muy diversas modalidades de justicia restaurativa, en Australia o en Nueva Zelanda.

Por tanto, a efectos del presente estudio, dada la delimitación de la investigación, lo que interesa resaltar son los efectos penológicos, en cuanto a la afectación de los fines de la justicia penal y de la concreta individualización de la pena.

2. ¿Por qué la justicia penal negociada es una tendencia mayoritaria en nuestro ámbito frente a la marginalidad de la justicia restaurativa?

En el ámbito del derecho penal y procesal español de adultos no hay una regulación específica ni de justicia restaurativa ni de justicia penal negociada. Únicamente puede decirse que dentro de las previsiones de algunas atenuantes cabe abrir un espacio para la intervención conforme a una filosofía de la justicia restaurativa, lo que se ha hecho a través de diversos programas, escasos, entre los que se encuentra el que va a ser objeto de análisis en este estudio. Respecto de la justicia penal negociada, si bien el modelo europeo al que pertenecemos sigue basado en el principio de legalidad y no de oportunidad en la persecución de los delitos, la introducción del instituto procesal de la “conformidad” presenta rasgos similares en cierta medida a la justicia penal negociada.

El instituto de la “conformidad”, como luego se expondrá, fue introducida en el proceso penal español en el año 1882. Su regulación tradicional básica data de la redacción original de la LECrim. de tal fecha. Con el transcurso del tiempo a esa normativa inicial se han ido superponiendo otros preceptos reguladores de la conformidad, a través de sucesivas leyes modificativas o complementarias de la LECrim., si bien no en modo exactamente coincidente.

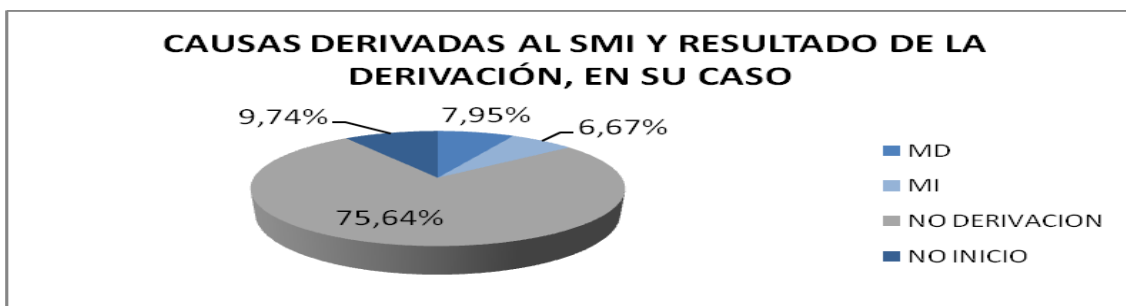
Sin perjuicio de intentos legislativos frustrados, salvo las escasas previsiones normativas contenidas en la Ley 4/2015, del Estatuto de la Víctima, de 27 de abril de 2015, en el reglamento que la desarrolla, Real Decreto 1109/2015, de 11 de diciembre y en el Código penal vigente (art. 84.1.1ª), tras la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, no existe una alusión normativa expresa al término justicia restaurativa, ni siquiera en la jurisdicción de menores. En lo que respecta al concepto de mediación penal, hasta la entrada en vigor del estatuto de la víctima y del nuevo Código penal, la única alusión normativa expresa, en la justicia de adultos, se realiza indirectamente para reconocer su existencia práctica cuando se excluye en el art.87 *Ternúm.5 LOPJ* respecto de las infracciones penales competencia de los Juzgados de Violencia contra la Mujer. Por su parte, el Tribunal Supremo se ha referido a la mediación penal señalando que la mera solicitud de mediación penal por parte de la persona acusada no constituye la atenuante prevista en el art. 21.5 del Código Penale, incluso, que la participación de la persona acusada en un programa de mediación penal, aun con resultado positivo, no implica una efectiva reparación.

Dentro del derecho autonómico, al carecer de competencia en materia penal, no existe normativa al respecto, salvo la sucinta alusión que realiza la Ley 1/2011, de 28 de marzo, de Mediación de la Comunidad Autónoma de Cantabria.

Ahora bien, que en el ámbito de la justicia española de adultos la mediación no haya estado regulada, como tampoco el estatuto de la persona facilitadora, no ha impedido su existencia. La Decisión Marco 2001/220/JAI ha cimentado durante años el desarrollo de programas restaurativos en el Estado.

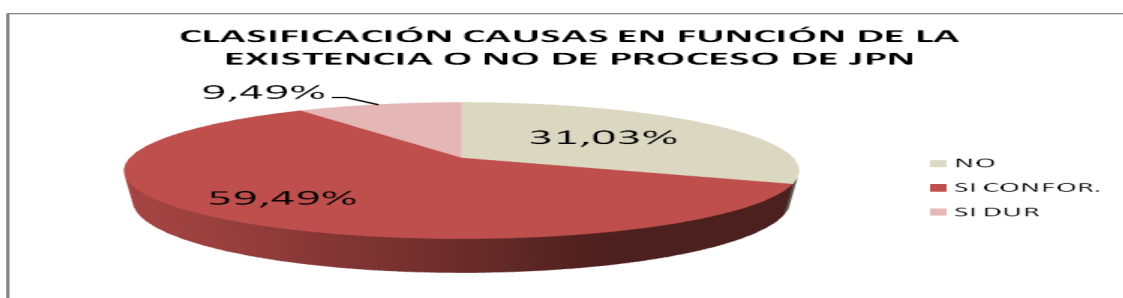
Consecuentemente, con base a la regulación penal y procesal penal, aprovechando diferentes cauces y figuras, la mediación se ha introducido en el proceso penal español. Así, la figura del perdón del ofendido, la conformidad y la atenuante de reparación del daño constituyen algunos de los cauces posibilitadores de la mediación en fase de instrucción y enjuiciamiento.

La ausencia en la actualidad de previsión normativa en el ordenamiento jurídico español relativa a procesos restaurativos y al estatuto de las personas facilitadoras; la cultura jurídica de la organización que conforma la administración de justicia; y la lógica que guía esos procesos-internalizada por los operadores jurídicos- lastran, que no impiden, su desarrollo.



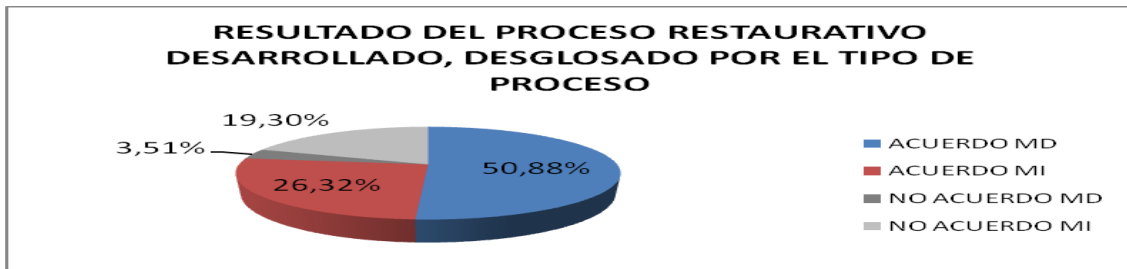
Fuente: Elaboración propia a partir del estudio de campo

Por el contrario, como de manera reiterada reflejan los resultados de las estadísticas anuales de actividad de la Fiscalía General del Estado, de las fiscalías provinciales y del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), el recurso al instituto de la conformidad -como expresión máxima de la justicia penal negociada en el Estado español- constituye hoy en día la forma más frecuente de finalización de las causas penales por delito.

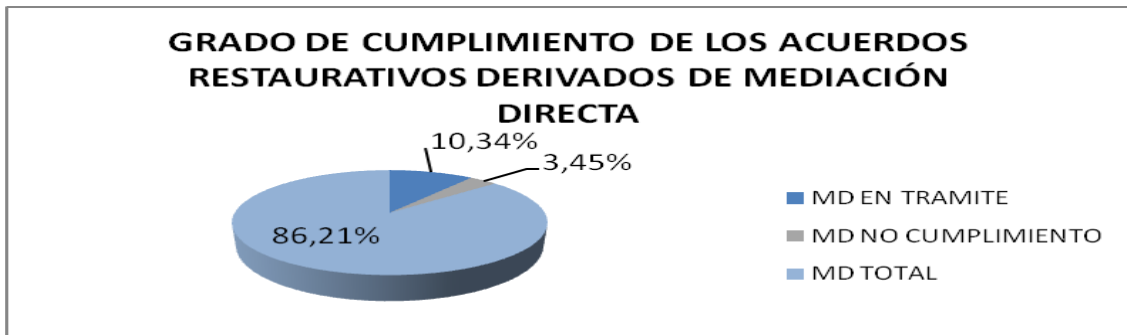


Fuente: Elaboración propia a partir del estudio de campo

La especial sensibilidad hacia los problemas de la respuesta penal al delito y el compromiso de mejora de la atención a las víctimas, patente en quienes asumieron responsabilidades en la Viceconsejería de Justicia de la CAPV en sucesivos Gobiernos, llevaron a la creación en 2007 del denominado Servicio de Mediación Penal (SMP), posteriormente transformado en Servicio de Mediación Intrajudicial (SMI), como marco de desarrollo de programas orientados hacia lo que se conoce como justicia restaurativa. Ante la ausencia de previsión normativa, se han firmado hasta la fecha dos Protocolos de funcionamiento de este Servicio de Mediación Intrajudicial, el último de ellos es el que siguen en vigor desde julio de 2012.



Fuente: Elaboración propia a partir del estudio de campo

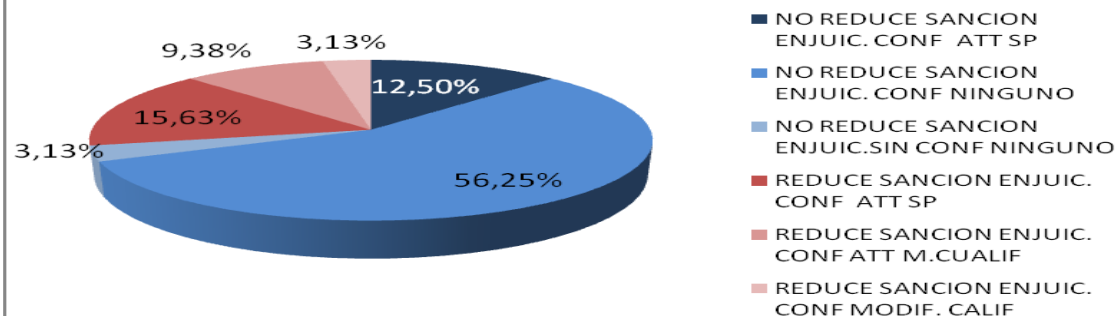


Fuente: Elaboración propia a partir del estudio de campo

Por su parte, el creciente desarrollo del instituto de la conformidad en las causas penales a nivel estatal, motivó la suscripción, el 1 de abril de 2009, del Protocolo de actuación entre la Fiscalía General del Estado y el Consejo General de la Abogacía española complementado con la Instrucción 2/2009, de 22 de junio, de la Fiscalía General del Estado. Tras su suscripción, algunas fiscalías provinciales han suscrito acuerdos con los diferentes colegios de abogados para delimitar la actuación de ambos en orden a la puesta en funcionamiento del procedimiento que permita la aplicación del Protocolo, entre ellas, las tres Fiscalías Territoriales de la Comunidad Autónoma Vasca.

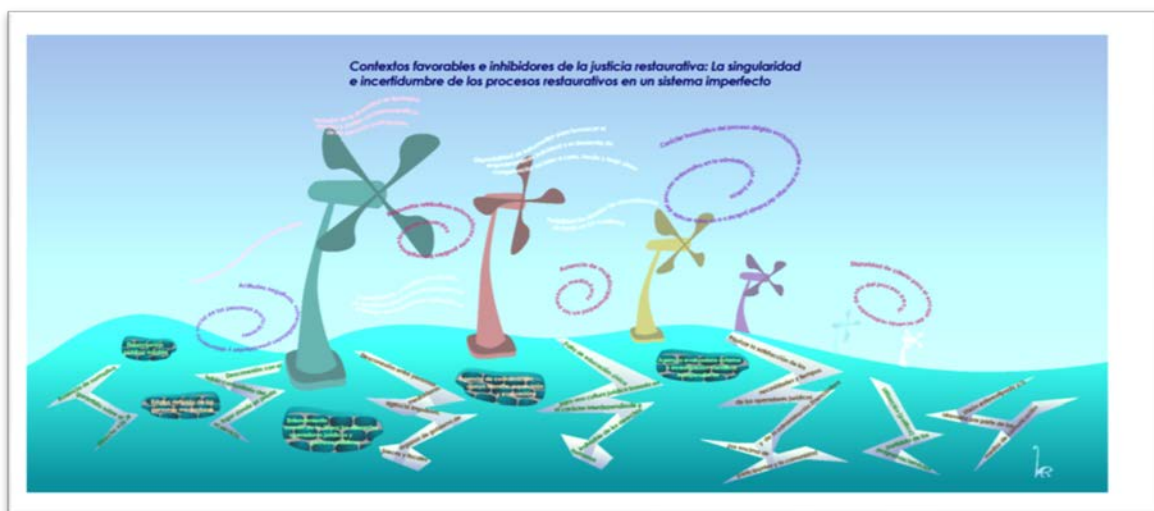
La observación continua permite apreciar la diversidad de la práctica forense; diversidad ésta que no se limita al modo de ser introducido el acuerdo restaurativo en la causa (mediante o en ausencia del instituto de la conformidad), sino que también alcanza la relevancia jurídica que, en relación a la individualización de la pena, se deriva de dicho acuerdo. Nos encontramos con acuerdos restaurativos que merecen la apreciación, en su variante simple, de la circunstancia modificativa de atenuante de reparación del daño contenida en el art. 21.5 del Código Penal; acuerdos restaurativos en los que se aprecia la variante muy cualificada de la atenuante; y acuerdos restaurativos que carecen de relevancia jurídica, al menos aparente, cuando no de inexistencia de referencia a su desarrollo en el cuerpo de la sentencia penal finalmente dictada. Sin perjuicio de la diversidad de la naturaleza y entidad de los acuerdos -tantas como intereses y necesidades de las personas que lo protagonizaron- el análisis de los mismos no permite la identificación de una razón objetiva que justifique una incidencia jurídica tan dispar.

**RELEVANCIA JURÍDICA DEL ACUERDO
RESTAURATIVO EN LA ATENUACIÓN DE LA
RESPONSABILIDAD CRIMINAL, DESGLOSADO POR
EL TIPO DE VISTA**



Fuente: Elaboración propia a partir del estudio de campo

Como se tuvo la ocasión de analizar en el trabajo de IGARTUA, OLALDE, VARONA (2011), tradicionalmente se han minusvalorado el peso de los valores intangibles y su interacción en el desarrollo de los abordajes de los conflictos y procesos penales. Confluyen contextos favorecedores e inhibidores del desarrollo adecuado de la justicia restaurativa en relación con los conceptos de convivencia igual y plural, cohesión social y prevención, a corto, medio y largo plazo, distinguiendo los distintos tipos de victimización e implicación personal, comunitaria y organizativa.



*Fuente: Hacia una teoría de la Justicia Restaurativa desde la investigación acción: ¿Cómo evaluar el beneficio social del Derecho al encuentro de personas víctimas y victimarias?
Póster elaborado para VII Congreso español de Criminología*

Dichos contextos pueden agruparse en cuatro dimensiones interrelacionadas entre sí, cada una de ellas con sus respectivos indicadores que, sin perjuicio de su apunte en el presente trabajo, reciben un mayor desarrollo en la obra original: 1) dimensión estructural, 2) dimensión

institucional, 3) dimensión procedimental y, 4) dimensión funcional. A lo largo del presente trabajo, se tendrá ocasión de constatar su incidencia en el desarrollo de la práctica forense estudiada en la Administración de Justicia penal de Bizkaia.

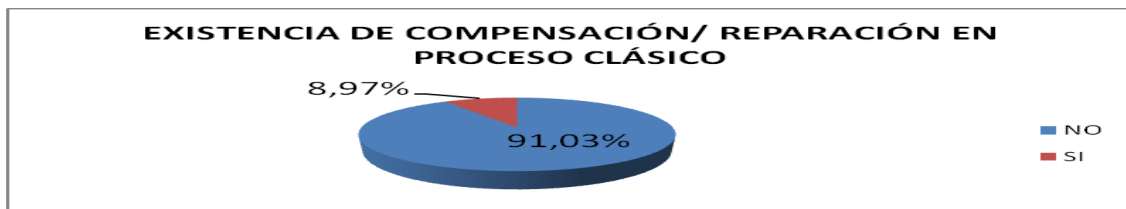


*Fuente: Hacia una teoría de la Justicia Restaurativa desde la investigación acción: ¿Cómo evaluar el beneficio social del Derecho al encuentro de personas víctimas y victimarias?
Póster elaborado para VII Congreso español de Criminología*

La constatación de una realidad práctica forense diversa vino complementada por las valoraciones expresadas por numerosos letrados y letradas que han participado en el encuadre penal de los acuerdos restaurativos alcanzados a través del SMI de Bizkaia, en el sentido de apreciar una escasa incidencia en la individualización de la pena de los comportamientos postdelictivos positivos desarrollados con ocasión de un proceso restaurativo en comparación con los de los procesos de conformidad. En especial, cuando el acuerdo fue seguido de una conformidad entre las representaciones legales de las partes. Aducían y aducen dichos profesionales que, conforme a su experiencia profesional, el resultado de la conformidad alcanzada con la fiscalía resultaba el mismo independientemente de que hubiera terciado acuerdo restaurativo previo. Parafraseando sus comentarios venían a decir que <<desde el punto de vista de reducción de la pena, ¿para qué sirve un proceso de mediación?; ¿para qué sirve el esfuerzo personal y, en su caso, económico realizado por mi cliente?; ¿para qué sirve que haya reflexionado sobre lo inadecuado, erróneo, injusto y grave de su comportamiento?; ¿para qué que haya podido confrontar e identificar, del propio relato de la persona a la que perjudicó, los perjuicios derivados?; ¿para qué que se haya responsabilizado de los mismos?, ¿para qué que, con esfuerzo, los haya reparado, restaurado o compensado?; ¿para qué que la persona denunciante se muestre satisfecha y manifieste su renuncia a otro tipo de reclamaciones?>>, terminando por concluir: <<si con dos minutos antes de entrar en el juicio consigo el mismo resultado llegando a una conformidad con el/la fiscal, sin otras exigencias para mi cliente que la de conformarse con la pena>>.

De ser cierto el escenario planteado supone dejar vacío de contenido el presumible valor de los acuerdos restaurativos en relación a la consolidación de la norma penal y al restablecimiento de su

vigencia, a los fines de la pena (prevención general positiva y prevención especial), al de reparación de los daños causados y al de creación de un espacio fértil para la integración social e invita, tal y como exponían la representaciones legales de las defensas, a la no participación de futuras personas encausadas en procesos dirigidos a la reparación, restauración o compensación de los diferentes daños ocasionados por su conducta delictiva.



Fuente: Elaboración propia a partir del estudio de campo

Fuera de determinados supuestos específicos la reparación o la disminución del daño derivado del delito se regula a través de la atenuante genérica del art. 21.5, cuya traducción penológica viene tasada conforme a las reglas de la individualización legal tasadas en el art. 66 del Código Penal. La formulación actual de la atenuante de reparación del art. 21.5 Código Penal constituye una novedad introducida por el Código Penal de 1995. Con anterioridad al código vigente la reparación también producía efectos atenuatorios sobre la pena (art. 9.9 Código Penal 1973), si bien la aplicación de la circunstancia modificativa se hallaba vinculada al cumplimiento de un elemento subjetivo –actuar “*por impulsos de arrepentimiento espontáneo*”- que la nueva regulación no requiere.

Sin perjuicio de los posibles efectos derivados de la combinación de esta atenuante con otras circunstancias modificativas (bien sean agravantes o atenuantes), lo cierto es que la posibilidad de su consideración autónoma y de un reflejo efectivo no queda asegurada salvo que sea apreciada como atenuante muy cualificada, pues permite la rebaja de la pena en uno o dos grados, circunstancia ésta, sin embargo, excepcional en la práctica procesal. Cuando concurre como única circunstancia de atenuación, en virtud de lo establecido en el art. 66 Código Penal, la pena queda delimitada en la mitad inferior de su marco legal, y previsiblemente dará lugar a la imposición de la duración mínima posible, la misma duración que por otro lado y por regla general se corresponden en la práctica en ausencia de atenuantes y agravantes.



Fuente: Elaboración propia a partir del estudio de campo

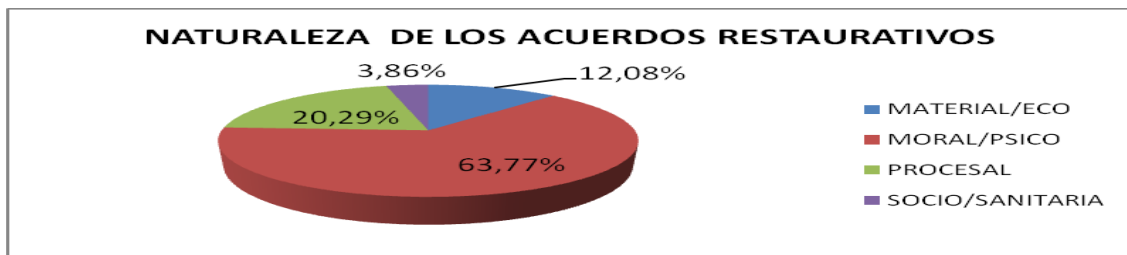


Fuente: Elaboración propia a partir del estudio de campo



Fuente: Elaboración propia a partir del estudio de campo

Si bien la doctrina española, de forma mayoritaria, tal y como apunta GARRO (2005:401), se muestra favorable a conceder efectos penales a la reparación del daño a la persona victimizada, con independencia de si las características de tal reparación se correlacionen o no con las finalidades que deben guiar la intervención punitiva, el reflejo penológico, como se ha apuntado, puede resultar insignificante en la práctica mayoritaria. Por el contrario, para otros autores, un abordaje pertinente de la significación de la reparación en derecho penal, fijando con claridad las diferencias con la reparación civil, posibilitaría configurar y delimitar la recepción del paradigma restaurativo de manera compatible con las funciones y garantías propias del derecho penal.



Fuente: Elaboración propia a partir del estudio de campo

La cuestión planteada y la objetivación del peso de los factores intangibles o de difícil medición y su interacción en el desarrollo de los conflictos o procesos pena precisaba, para ser confirmada, de un análisis empírico que finalmente se concretó en un estudio comparado de los rasgos que presentan la práctica forense de la conformidad, como expresión máxima de la justicia penal negociada, y de los acuerdos de mediación penal, como principal exponente de las herramientas de la justicia restaurativa, para posteriormente analizar la supuesta congruencia en el efecto de suavización de la respuesta penológica derivado de cada uno de ellos, en relación a la consolidación de la norma penal y al restablecimiento de su vigencia, a los fines de la pena (prevención general positiva y prevención especial), al de reparación de los daños causados y al de creación de un espacio fértil para la integración social.

3. Una invitación a contemplar esta problemática desde la visión victimológica y jurídico-penal

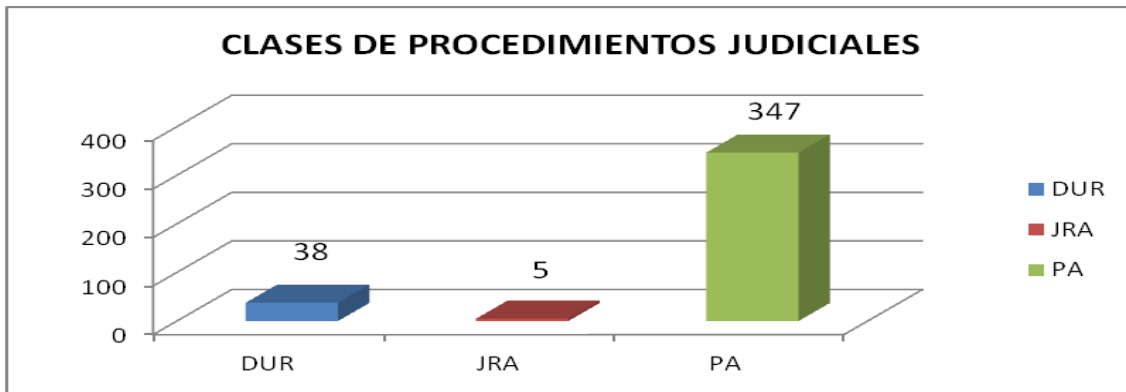
El Derecho Penal, incluyendo el procesal, en su vertiente de las consecuencias jurídicas del delito, constituye el eje vertebral sobre el que gira este trabajo. Sin embargo se trata de analizar el mismo desde un ángulo que, superando la perspectiva dogmática y nutriéndose de las aportaciones de otras ciencias como la Criminología, redunde en una cooperación integradora de conocimientos tradicionalmente situados en compartimentos separados, cuando no estancos y permita el desarrollo de nuevas formas de reflexionar lo cotidiano.

Dentro de ella, la Victimología, según SÁNCHEZ y GARCIA (2010): *<<es la ciencia que estudia a las víctimas en general, las causas y los efectos de la victimización, así como la respuesta de las personas particulares y del Estado ante este fenómeno>>*. En esta tesis se acude a la Victimología por el valor de sus rasgos interdisciplinarios y empíricos. Entre sus corrientes más actuales resulta de interés la Victimología crítica (WALKLATE, 2007) que permite trabajar con un concepto de víctima como categoría adjetiva, no sustantiva, de carácter fenomenológico (como proceso social no antagónico). Por tanto, la Victimología crítica evita pensar en las personas victimizadas como personas diferentes y contrapuestas a las infractoras (TAMARIT, 2013c).

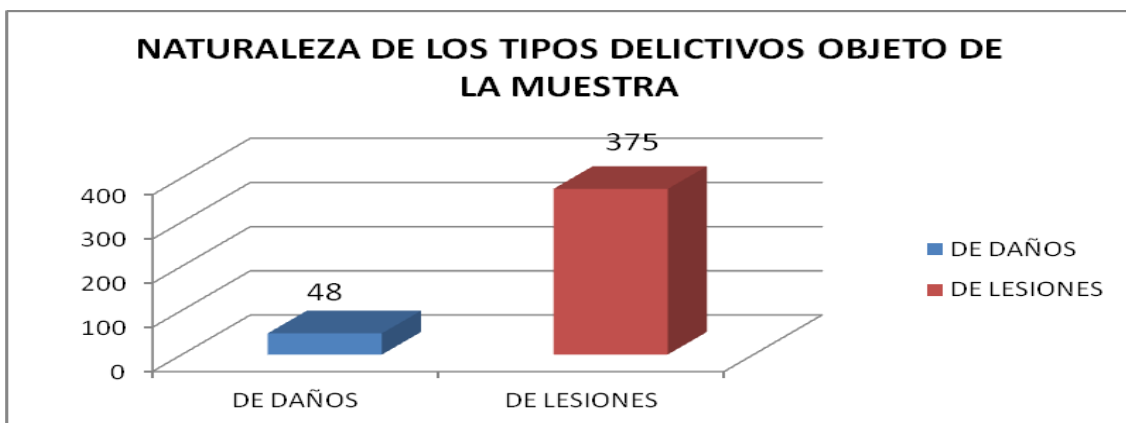
En relación al significado de la reparación en el Derecho penal, aun no siendo objeto de tratamiento particularizado en este trabajo, analizamos su relevancia jurídica en la práctica forense. La bibliografía en nuestro ámbito académico contiene significativas aportaciones que merecen ser destacadas, bien por el análisis de la evolución histórica de la atenuante (CALDERON, 1990), por el abordaje de sus problemas de fundamentación (DE VICENTE REMENSAL, 1985 y 1995), por el estudio y crítica de las nuevas tendencias político-criminales comparadas en torno a la reparación (TAMARIT, 1994; 2012), por el estudio de las experiencias desarrolladas desde la perspectiva de los modelos de conciliación y mediación (SAN MARTIN LARRINOVA, 1997; PÉREZ SANZBERRO, 1998, VARONA MARTÍNEZ, 1999, 2009, 2012 y 2013 y FREIRE PÉREZ, 2007), por el estudio jurisprudencial en torno a la atenuante de reparación actual y anterior (ALONSO MARTÍNEZ, 1999), por el estudio de la relevancia jurídico-penal de los actos de reparación (ALCÁCER GUIRAO, 2001 y 2011 y SILVA SÁNCHEZ, 1988, 1992, 2000 y 2004), por el análisis de las condiciones que deben reunir los comportamientos postdelictivos positivos de la persona infractora para ser merecedores de efectos de suavización de la respuesta penológica de manera congruente (GARRO CARRERA, 2005, 2009; GARRO y ASUA BATARRITA, 2008), así como por el estudio de la herramienta de la mediación en la jurisdicción de adultos (GORDILLO SANTANA, 2005, PALMA CHAZARRA, 2007, RIOS MARTIN, 2007, 2008 y 2011, BARONA SILVA, 2009, MARTINEZ ESCAMILLA, 2011 y 2011, SAEZ VALCARCEL, 2011, SOLETO MUÑOZ, 2011 y 2013 y PASCUAL RODRÍGUEZ, 2012).

4. ¿Cómo abordamos la complejidad de los procesos analizados?

Se realiza un diseño de un estudio de campo para posibilitar el análisis cuantitativo de la práctica procesal de ambas categorizaciones, conforme a las siguientes delimitaciones: 1) territorial: Bizkaia, por ser el Territorio Histórico de la CAPV donde mayor implementación presenta el desarrollo de procesos restaurativos y negociados, lo que posibilita el análisis comparativo; 2) material: causas penales en las que se hubiera dictado sentencia condenatoria firme relativa a la comisión de un delito de lesiones y/o daños y se hubiera iniciado la fase de ejecución penal (la selección de los tipos penales efectuada responde al interés de verificar si la distinta naturaleza del tipo -contra las personas el primero y contra el patrimonio el segundo- incide en el desarrollo de ambas categorizaciones); y 3) temporal: causas penales cuya ejecución penal se hubiera iniciado en el año 2013.



Fuente: Elaboración propia a partir del estudio de campo



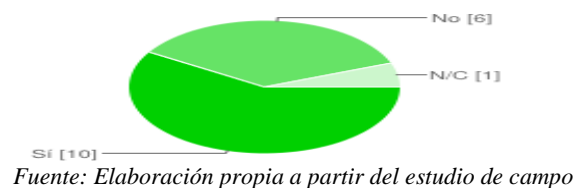
Fuente: Elaboración propia a partir del estudio de campo

El análisis cuantitativo de los resultados permitirá descartar o confirmar, o al menos intuir, la hipótesis planteada: esto es, si resulta veraz que los acuerdos restaurativos alcanzados en causas por delito carecen, en su gran mayoría, de relevancia jurídica real en la práctica forense en Bizkaia, bien por la ausencia de apreciación de atenuante de reparación del daño del art. 21.5 del Código Penal; o de ser apreciada, por quedar subsumido su efecto -aplicación de la pena en la mitad inferior de la que fija la ley para el delito- en el impacto penológico tradicional de la consecución de una conformidad. Otros serían los resultados, en relación a la individualización de las penas, si el hecho de alcanzar una conformidad en fase de enjuiciamiento no supusiera de facto, sin atender a otras cuestiones particulares, la aplicación de la pena en la mitad inferior, o bien, si realmente se apreciara -mediante la variable muy cualificada del art. 21.5 del Código Penal- el contenido cualificado de una conformidad precedida de un acuerdo restaurativo, al posibilitar que la solución consensuada por los operadores jurídicos se convierta en una auténtica negociación basada en los intereses de las personas implicadas y no en las posiciones de sus representantes. En este último supuesto, la consecuencia penológica que se derivaría de su apreciación conllevaría la aplicación de la pena inferior en uno o dos grados de la establecida por la ley.

El interés de comparar adquiere sentido como método de aprendizaje y conocimiento enriquecedor que posibilita conocer la influencia que, en un marco con idéntica dimensión estructural, institucional, funcional y procedimental de justicia restaurativa y justicia penal negociada, como es el contexto de Bizkaia, puede derivarse en la realidad práctica de parámetros subjetivos (cultura jurídica de la organización, de sus operadores; prejuicios y estereotipos detectados), pues no todo en derecho resulta objetivo. Una reflexión a partir de los resultados del análisis cuantitativo pretende incidir en una visibilidad de la distonía entre la realidad práctica y teórica y una mejora verificable de los servicios e instituciones financiados públicamente.

Identificadas las dimensiones estructurales, institucionales, funcionales y procedimentales de la práctica procesal en Bizkaia, se opta por completar el carácter cuantitativo del análisis con una aproximación cualitativa a su realidad. El carácter mixto de la metodología en la investigación respondía al interés de enriquecer el análisis de los resultados de la muestra con la aproximación a la posible influencia práctica de parámetros intangibles y subjetivos, anteriormente apuntados, relativos a la cultura jurídica de la organización, interiorizada por sus operadores jurídicos, y de prejuicios y estereotipos detectados. A tal efecto, se elaboró un cuestionario online con preguntas abiertas y cerradas. Tras las gestiones y autorizaciones pertinentes, mediante correo electrónico se informó y se invitó a participar en la investigación al Presidente de la Audiencia Provincial de Bizkaia, a los/as jueces/as-magistradas/as decanas de todos los partidos judiciales de Bizkaia, a la Fiscal Jefe de la Fiscalía Territorial de Bizkaia y a la Secretaria Coordinadora de Bizkaia, solicitando igualmente a estas personas que difundieran el cuestionario entre los compañeros/as de su ámbito de responsabilidad. En total se recibieron diecisiete respuestas al mismo que, si bien carecen de significación numérica respecto al universo total, resultan cualitativamente valiosas al estar representados todos y cada uno de los estamentos públicos de la administración de justicia penal ejercientes en los diversos partidos judiciales de Bizkaia y en sus diversas instancias judiciales (juzgados de instrucción, juzgados de lo penal y Audiencia Provincial).

En caso de que el acuerdo restaurativo alcanzado se introduzca en el proceso penal a través del instituto de la conformidad, ¿cree que la consecución de ambos procesos debiera tener relevancia jurídica diferenciada de la consecución de uno sólo de ellos?



Lo anterior se completó con un estudio de casos. Para ellos se narran, a efecto ilustrativo dos casos: un proceso restaurativo desarrollado en las causas objeto de la muestra y un proceso de conformidad entre el Ministerio fiscal y la defensa. La selección del primero obedeció a un criterio personal, subjetivo y discutible, cual es narrar, como persona facilitadora participante, un proceso restaurativo paradigmático para la comprensión de su naturaleza, dentro de las causas objeto de la muestra en las que participé como facilitadora.

“Me di miedo, me atemorizó lo que era capaz de hacer, no me reconocía agrediendo con un cuchillo a nadie, si no se llega a girar podía haberla matado. Me resultaba insoportable estar sin mi hijo, al que todavía daba pecho, no sabía por cuánto tiempo estaría allí. Fueron los peores días de mi vida”.

“La culpa no es de Ana, la culpa es mía y sólo mía. Yo la apuñalé y eso no tiene justificación posible. Debí dejar a Antonio”.

“Yo no quiero nada María -le respondió Ana-tan sólo acabar y que podamos recuperar un poco de paz”. “Siento como tú que esto haya ocurrido. Siento el sufrimiento que ambas hemos pasado. Sentí que me quisiste matar y verme la cicatriz todos los días me lo recuerda”. Y continuó “Pero no quiero seguir así, no quiero estar siempre triste, necesito seguir adelante”.

Fuente: Extractos del proceso restaurativo narrado en estudio de casos

En cuanto a la narración de un proceso de conformidad, si bien no fue posible que correspondiera a una causa de la muestra, al haberse acometido con anterioridad a la investigación, se asistió a varios procesos de conformidad en el mes de diciembre de 2014, optando finalmente por seleccionar aquel que fue gestado en una causa enjuiciada por la supuesta comisión de un delito de lesiones/daños.

“Sr. Pedro, comparece como acusado por dos presuntos delitos, uno contra la seguridad del tráfico en concurso con un delito de lesiones, y otro por omisión de socorro. Su letrado ha hablado con la fiscal y con la acusación particular y nos ha transmitido su voluntad de reconocer los hechos. Si reconoce los hechos y acepta unas penas, éstas resultarán más favorables que si se discute todo lo que pasó. Es una decisión libre y voluntaria por su parte. Es una decisión tomada voluntariamente. ¿Me entiende lo que le quiero decir?” -prosiguió el magistrado-.Y concluyó: <<La decisión de reconocer es libre. Yo tengo la obligación de preguntarle si es así. ¿Está de acuerdo, es así?”.

~~~

*“Cuando oyes a las abogadas y a las médicos cuestionar las lesiones que he tenido y tengo, te das cuenta que les da igual lo que me haya pasado, que no soy más que un número para ellos. Les da igual que haya tenido que abandonar la práctica del deporte, que no haya podido atender mi baserri, que para poder atender mi negocio, haya tenido que pedir el alta. Todo eso parece que les da igual”.*

*“Me den lo que me den, a mí no me reparan lo que yo y mi familia hemos pasado. Además, ¿quién me dice a mí que en un futuro, como consecuencia de los esfuerzos que requiere mi trabajo, esto no vaya a peor y no pueda atenderlo? ¿Eso le importa a alguien? A mí me hubiera gustado poder hablar de todo esto, haber podido intervenir y explicar cómo*

*era mi vida, cómo es, cómo puede que sea y que se decida en consecuencia (...) quiero terminar, que si hospital, que si médicos de las compañías, que si médico forense, que si rehabilitación, que si declaración aquí, que si allá, que si juicio hoy, si total les da igual...”.*

*Fuente: Extractos de la conformidad narrada en estudio de casos*

## **5. ¿Qué puede ofrecer este libro a la persona lectora?**

El conocimiento del funcionamiento de las normas penales en el contexto analizado permitirá un análisis crítico y el cuestionamiento, en su caso, del funcionamiento de las normas. Se pretende reflexionar sobre estas figuras, y en especial, sobre su desarrollo práctico. La trascendencia de esta investigación, siendo consciente de las limitaciones temporales, materiales y territoriales derivadas de sus delimitaciones teóricas, consiste en proporcionar un análisis empírico de la realidad práctica que complemente e interpele a la investigación conceptual básica y los criterios de política criminal desarrollados. El favorecimiento de la retroalimentación entre la investigación conceptual y la investigación empírica contribuye a la reflexión sobre el desarrollo práctico del derecho penal y sus garantías fundamentales, sobre la congruencia de nuestros instrumentos legales y nuestra realidad práctica respecto a los criterios de política criminal avalados en consensos reconocidos por las Recomendaciones y Directivas de organismos internacionales. Así mismo, permite identificar los ámbitos de mejora, superar las disfunciones detectadas y trazar las líneas de actuación futura de un servicio público, como es la administración de justicia, con vocación de universalidad -en condiciones de igualdad- de sus garantías y fines.

La autora espera que este libro resulte de interés a juristas, personas dedicadas a la mediación y al trabajo en programas de justicia restaurativa, tanto de adultos como de menores –procedentes del mundo de la Criminología, la Psicología, el Derecho, el Trabajo Social, etcétera-, gestores y técnicos de políticas públicas en diferentes ámbitos, y la ciudadanía en general que puede entrar en contacto con estos programas y que sin su voluntad de participar nunca hubieran llegado a existir. A toda la persona que se acerque a estas páginas, mi agradecimiento y mi invitación a mantener una conversación (¿restaurativa?) sobre los resultados obtenidos y las propuestas realizadas.